

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse 1 Capitole

Discipline ou spécialité : Droit

Cotutelle internationale avec l'Université Laval, Québec, Canada

Présentée et soutenue par

Rémi Barrué-Belou

le 29 novembre 2013

Titre :

Analyse des outils fédératifs aux Etats-Unis, au Canada et au Brésil -
Contribution à l'étude du fédéralisme

JURY

Madame le Professeur Frédérique Rueda (Université Montesquieu - Bordeaux IV)

Madame le Professeur Eugénie Brouillet (Université Laval - Québec, Canada)

Madame le Professeur Wanda Mastor (Présidente du jury, Université Toulouse 1-Capitole)

Monsieur le Professeur Stéphane Pierré-Caps (rapporteur, Université de Lorraine)

Monsieur le Professeur Patrick Taillon (rapporteur, Université Laval - Québec, Canada)

Ecole doctorale : ED SJP

Unité de recherche : IDETCOM, CRIDAQ

Directeur(s) de Thèse :

Madame le Professeur Frédérique Rueda (Université Montesquieu - Bordeaux IV)

Madame le Professeur Eugénie Brouillet (Université Laval - Québec, Canada)

**UNIVERSITE TOULOUSE I – CAPITOLE ECOLE DOCTORALE
SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES**

**INSTITUT DU DROIT DE L'ESPACE, DES TERRITOIRES ET
DE LA COMMUNICATION**

Centre de droit comparé

THESE

**Pour l'obtention du grade de DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE
TOULOUSE I – CAPITOLE
DROIT PUBLIC**

Analyse des outils fédératifs aux Etats-Unis, au Canada et au Brésil - Contribution à l'étude du fédéralisme

Présentée et soutenue publiquement le 29 novembre 2013 par **Rémi BARRUÉ-BELOU**

Membres du Jury :

Mme Wanda MASTOR , Professeur à l'Université Toulouse 1 - Capitole (Président du jury)

M. Stéphane PIERRÉ-CAPS, Professeur à l'Université de Lorraine (Rapporteur)

M. Patrick TAILLON, Professeur à l'Université Laval – Québec, Canada (Rapporteur)

Mme Frédérique RUEDA, Professeur à l'Université Toulouse I – Capitole (co-directrice de recherche)

Mme Eugénie BROUILLET, Professeur à l'Université Laval – Québec, Canada (co-directrice de recherche)

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

J'adresse mes remerciements les plus respectueux et les plus sincères à mes directrices de recherche, Madame le Professeur Frédérique RUEDA qui m'a permis d'entrer dans le domaine de la recherche et Madame la Professeure Eugénie BROUILLET, pour leurs précieux conseils, leur disponibilité, leur présence, et leur soutien dans les moments de doute comme dans les moments de joie.

Ces remerciements sont d'autant plus forts que l'exercice compliqué de la co-direction a été d'une grande facilité grâce à la liberté qu'elles m'ont laissée tout en me guidant tout à tour, lorsque cela était nécessaire.

Je tiens également à adresser mes remerciements les plus respectueux à Monsieur le Professeur Jean-Arnaud MAZÈRES qui m'a donné le goût de la recherche et qui m'a encouragé dans ce chemin ainsi qu'au Professeur Bjarne MELKEVIK pour ses conseils et les réflexions qu'il a su me soumettre.

J'adresse mes remerciements à *l'Institut de Recherche de Droit Européen International et Comparé* (IRDEIC) qui m'a accueilli durant mes premières années de doctorat et qui m'a aidé dans le déroulement de mes recherches.

Je remercie *l'Institut du Droit de l'Espace, des Territoires et de la Communication* (IDETCOM) qui m'a accueilli dans son centre de recherche.

Je souhaite remercier Madame Marie-Françoise Ille, secrétaire de l'Ecole doctorale de droit et science politique de l'Université Toulouse 1 Capitole et Madame Marjolaine Caron, agente de gestion des études de deuxième et troisième cycle de la faculté de droit de l'Université Laval de Québec.

Ce travail n'aurait pas pu être réalisé sans le soutien constant et fondamental de mes parents qui m'ont toujours aidé et encouragé, tout comme mon frère et mes grands-parents.

Je présente mes remerciements les plus grands à Marie qui a supporté les moments difficiles de ce long travail et qui m'a aidé dans les moments de doute.

Enfin, s'il est de coutume de dire que la thèse est un travail solitaire, je tiens à remercier tous mes compagnons de route qui ont fait de ce cheminement une époque de partage, d'échanges et de soutien, pendant laquelle je me suis toujours senti entouré : Xavier Barella, Vincent Boyer, Geoffrey Carrère, Fabien Foucaud, Céline Hodara, Bruno Jouan, Géraud de Lassus Saint Geniès, Benjamin Lavergne, Mehdi Mezaguer et Audrey Rosa.

PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS

Signification des sigles en note de bas de page

<i>Idem</i>	signifie "le même, la même chose". De ce fait nous l'emploierons pour éviter la répétition d'un terme dans une liste, d'un auteur ou d'une oeuvre dans une liste de notes de bas de page. Cela ne sera employé que si la référence visée est très proche.
<i>ibidem</i>	signifie "ici même", et par extension "la même chose au même endroit". De ce fait elle est plus "précise" que <i>idem</i> : nous l'emploierons quand la note renvoie non seulement à la même oeuvre du même auteur, mais également à la même page de cette oeuvre, que celle citée à la note précédente. L'usage de <i>ibidem</i> dispensera de préciser la page (contrairement à celui de <i>idem</i> , où l'on renvoie à la même oeuvre, mais pas à la même page).
<i>opere citato (op. cit.)</i>	signifie "dans l'ouvrage cité". On ne peut donc l'employer que pour se substituer à une oeuvre ou une source. Cette référence bibliographique aura déjà été donnée de façon complète (lieu d'édition, éditeur, année) précédemment - en général dans les quelques pages qui précèdent.

Décisions de justice canadiennes

A.C.	« <i>Appeal Cases</i> », Arrêté en conseil
C.A.	Cour d'Appel
C.S.C.	Cour suprême du Canada
D.L.R.	Dominion Law Report
R.C.S.	Rapports judiciaires du Canada – Cour suprême du Canada
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec

Traités européens

TUE	Traité sur l'Union européenne, dit <i>Traité de Maastricht</i>
TCE	Traité sur la Communauté européenne, dit <i>Traité d'Amsterdam</i>
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dit <i>Traité de Lisbonne</i>

Cours de justice

CJCE	Cour de justice de la Communauté européenne
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne

SOMMAIRE

Première partie

Le rejet d'un *modèle fédératif* par l'absence d'un cadre commun

Titre 1

L'origine et l'évolution du fédéralisme : de la difficile détermination de critères d'identification

Chapitre 1 Le caractère dynamique du fédéralisme : évolution et variabilité des conditions de mise en oeuvre

Chapitre 2 Les multiples formes de fédéralisme : une répartition variable des compétences

Titre 2

La conception et l'organisation du fédéralisme : des applications variables

Chapitre 1 Les organisations distinctes des finances publiques

Chapitre 2 La subsidiarité et le fédéralisme : reconnaissance et champs d'intervention différents

Seconde partie

La reconnaissance d'une définition du fédéralisme par l'identification d'*outils fédératifs*

Titre 1

Le fondement du système de type fédératif : *l'outil contractuel*

Chapitre 1 Le fondement contractuel dans la formation de la Fédération : le Pacte fédératif

Chapitre 2 Le caractère synallagmatique et commutatif dans la création de la Fédération : la délégation d'une partie de la souveraineté

Titre 2

L'application du système de type fédératif : *l'outil dialogique*

Chapitre 1 L'équilibre inatteignable des principes essentiels du fédéralisme

Chapitre 2 Le fédéralisme ou l'impossible démarche dialectique d'une recherche d'équilibre : la solution de la dialogique

« Le fédéralisme est à la fois insaisissable et réel »¹

¹ Henri Brugmans, *La pensée politique du fédéralisme*, A.W. Sijthoff Uitgerversmaatschappij, N. V., 1969, p.22.

À mes parents

Le fédéralisme ne concerne que les idées, les valeurs exprimant « *une philosophie
compréhensive de la diversité dans l'unité* »²

² Alexandre Marc, *Dialectique du déchaînement, fondements philosophiques du fédéralisme*, Paris, Edition du Vieux Colombier, 1961, p. 14.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« There is no single pure model of federation that is applicable everywhere. Rather the basic notion of involving the combination of shared-rule for some purposes and regional self-rule for others within a single political system so that neither is subordinate to the other has been applied in different ways to fit different circumstances »¹.

Trois cents ans plus tard, Rica aurait pu se trouver au même endroit, contempler les mêmes lieux, observer, de même, les passants et tirer les mêmes conclusions. Ce soir du 4 de la lune de Rebiab 1712, Rica, voyageur perse et compagnon de Usbek en séjour à Paris, écrivait à son ami Ibben, resté à Smyrne, en Perse : *« je continuerai à t'écrire, et je t'apprendrai des choses bien éloignées du caractère et du génie persan. C'est bien la même terre qui nous porte tous deux ; mais les hommes du pays où je vis, et ceux du pays où tu es, sont des hommes bien différents »*². Rica et Usbek, voyageurs éclairés et en avance sur leur temps, découvrent à Paris des mœurs, des comportements et des manières de penser bien différents de chez eux. Après s'être étonnés de ces décalages, les deux perses vont rapidement voir ces divergences comme des spécificités propres à un lieu puis finalement comme des altérités. L'Autre sera perçu comme un *autre soi*, c'est-à-dire un moi qui s'est construit ailleurs et qui, à ce titre, ne voit pas comme je vois.

C'est en suivant ce même cheminement intellectuel et en pensant au nécessaire relativisme auquel nous a mis en garde Montesquieu que ce travail de recherche a été réalisé ; influencé par les connaissances et les *a priori*, mais en cherchant à identifier les

¹ « Il n'existe pas de modèle de fédération unique et idéal, applicable partout. L'idée fondamentale de réunir dans un seul régime politique le partage des pouvoirs à certaines fins et l'autonomie régionale à d'autres, sans que l'un soit subordonné à l'autre, a été appliquée de manières diverses selon les circonstances » (traduit par nous), Ronald Watts, *Comparaison des régimes fédéraux des années 90*, Institut des relations intergouvernementales, 1998, p. 1.

² Montesquieu, *Lettres persanes*, Paris, Garnier, 2009, p. 75.

différences, les comprendre et les intégrer, de façon à saisir le fédéralisme avec un regard plus large. Aujourd'hui, le fédéralisme est un mot connu de tous, mais sa signification l'est moins. Voilà ce qu'il en est.

« *Fédéralisme* ». « *Fédération* ». Personne n'hésite à utiliser ces termes, que l'on soit juriste, politiste, journaliste, homme ou femme politique ou bien une personne quelconque. Tout le monde a une idée sur cette forme d'organisation étatique. Chacun a son avis dessus, y voit des avantages plus ou moins grands, des inconvénients plus ou moins graves, mais lorsque l'on pose la simple question de « *qu'est-ce que le fédéralisme ?* » ou « *qu'est-ce qu'une Fédération ?* », la voix devient très vite plus hasardeuse, la certitude moins établie et les mots deviennent beaucoup moins faciles à trouver.

S'il existe des définitions du fédéralisme, que cela soit dans la doctrine francophone³ ou anglo-saxonne⁴, il est manifeste que ces définitions ne sont pas identiques. En effet, de nombreux ouvrages ont été consacrés à l'étude du fédéralisme, mais apportent une vision pouvant parfois varier, ne permettant pas de d'identifier une définition clairement et unanimement établie. Le constat le plus flagrant résulte des définitions données dans les manuels français de droit constitutionnel qui ne rendent pas toujours compte des mêmes éléments de définition et limitent leurs définitions à des éléments très succincts⁵. Ainsi, on constate un certain *décalage* entre la conception du fédéralisme développée en France et la perception de ce concept par des États ayant

³ Voir par exemple Olivier Beaud, *Théorie de la fédération*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, 456 p ; ou François Vergniolle de Chantal, *Fédéralisme et antifédéralisme*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2005, 127 p.

⁴ Voir, par exemple, pour des études récentes, Michael Burgess, *Comparative Federalism – Theory and Practice*, Routledge, London, 2006, 357 p. ; Raul Blindenbacher and Arnold Koller, *Federalism in a Changing World – Learning from Each Other*, Montréal & Kingston-London-Ithaca, Mc Gill-Queen's University Press, 2002, 600 p. ; John Kincaid et Alan Tarr, *A Global Dialogue on Federalism - Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, vol. 1, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2005, 467 p. ; Hugo Cyr, *Canadian Federalism and Treaty Powers*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2009, 305 p ; ou Jenna Bednar, *The Robust Federation – Principles of Design*, Cambridge University Press, 2009, 242 p.

⁵ Les manuels de droit constitutionnel français définissent le plus souvent le fédéralisme par des critères très généraux comme une superposition d'ordres juridiques, une participation des États fédérés aux décisions fédérales ainsi qu'à la révision de la constitution et un principe d'autonomie. Voir, par exemple, Philippe Ardant, Bertrand Mathieu, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 25^{ème} éd., 2013, Paris, LGDJ, p. 38 ; Olivier Gohin, *Droit constitutionnel*, Paris, Litec, 2010, pp. 74, 80 et 81 ; Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 25^{ème} édition, Paris Montchrestien, 2011, pp. 75 à 80.

adopté cette forme d'organisation. C'est d'abord une compréhension inadéquate de certaines notions, comme la souveraineté ou la subsidiarité qui ne recouvrent pas la même signification dans plusieurs pays et qui conduit à une conception actuellement insatisfaisante. Ces notions ne présentent pas non plus, *a fortiori*, la même signification dans les pays ayant fait le choix du fédéralisme pour leur logique d'organisation et de fonctionnement et dans un pays unitaire centralisé et de tradition romano-germanique, comme la France. C'est ensuite l'existence de principes souvent contradictoires ou opposés, comme la centralisation des compétences malgré une logique « *décentralisatrice* » du fédéralisme, la protection de principes de séparation, de participation, d'autonomie et de coopération qui gênent un esprit extérieur à cette forme d'organisation. Sur le plan terminologique, il existe une difficulté de compréhension de l'idée de fédéralisme (mais aussi de Fédération). Soulignons particulièrement la double utilisation du terme « *fédéral* » pour qualifier à la fois ce qui se rapporte à l'ensemble de la Fédération (on parle d'« *État fédéral* » pour nommer le pays dans son ensemble) et ce qui se rapporte à l'entité centrale (on parle du « *gouvernement fédéral* »). Ceci conduit évidemment à une forme de confusion puisque deux entités, deux ordres différents, n'ayant pas les mêmes champs de compétence, sont désignés de manière identique⁶.

On doit toutefois reconnaître qu'il est souvent difficile de comprendre ce que l'on ne connaît pas. Il faut avouer que l'esprit français ne connaît pas le fédéralisme. Ce concept⁷ lui est étranger et ne rentre pas dans la « *grille de lecture* » de son esprit. Pour tenter de dépasser cet obstacle, l'exercice d'exo-centrisme⁸ est nécessaire par la « *déconstruction* » de son référentiel postural⁹ et par une immersion dans la culture qui vit

⁶ Nous proposons une solution sémantique pour remédier à cette distinction à la note 14 et plus amplement à la page 14 de cette introduction.

⁷ Jocelyn Benoist considère que le concept est plus « *que ce qui est pensé en lui. Quelque chose qui, de fait, lui permet ou non de s'adapter à une certaine situation nouvelle* ». Le concept a une nature qui n'est que très relativement représentée en lui et c'est grâce à sa nature « *qu'il se découvre après coup adaptable ou non à un nouveau contexte* ». Le concept est donc possiblement adaptable. Ce qui conduit à envisager la comparaison. Voir Jocelyn Benoist, *Concepts*, Paris, Editions du CERF, 2010, p. 184.

⁸ Jacques Paillard, "Le corps situé et le corps identifié", *Revue Médicale Suisse Romande*, 100, 1980, Université d'Aix-Marseille II CNRS, pp. 129-141.

⁹ Jacques Paillard dans ses travaux sur la neuroscience, définit comment le sujet se place par rapport aux données qui se situent autour de lui. La localisation ne peut être appréciée que par rapport à un système de référence. Une position n'est définie que relativement à une autre position ou à quelque chose qui peut servir de référence. Le corps peut donc être tout d'abord système de référence pour localiser les objets du monde extérieur, mais il peut être lui-même objet référencié par rapport à quelque chose d'autre. Deux notions ressortent donc de cela, celle de corps référence et celle de corps référé.

La position de base du sujet est appelée schéma postural ou référentiel postural. C'est la position première, originaire, avant toute référence à l'autre. Paillard montre que le sujet se trouve naturellement confronté à

sous cette forme d'organisation, sous ce système. Chose rarement et difficilement réalisable sans une période de vie et de recherche dans un système étranger et par la lecture et l'analyse d'études réalisées par des étrangers.

Pour autant, c'est aussi une interprétation selon nous erronée, de la part des chercheurs francophones et anglo-saxons, de recherche d'équilibre du fédéralisme qui pose problème. La recherche d'équilibre des multiples forces agissant dans les Fédérations, comme dans le rapport centralisation/décentralisation ou dans la répartition des compétences financières entre les ordres fédéral et fédérés est pourtant fondamentale dans la philosophie du fédéralisme car elle déterminera les grandes orientations à suivre et les politiques publiques qui en découlent. Or, nous verrons que cette recherche d'équilibre dite « *dialectique* » ne correspond pas à la situation du fédéralisme.

C'est en raison d'un intérêt croissant du fédéralisme et des multiples références qui en sont faites de la part de chercheurs de la communauté scientifique que nous avons décidé de nous interroger sur ce concept. Pour le comprendre, nous avons tenté de voir s'il existait un *modèle fédératif* permettant de cerner le fédéralisme et d'en donner une définition. Lors des premiers temps de notre recherche, nous avons pu constater un manque d'uniformité dans la définition du fédéralisme de la part de la doctrine francophone et anglo-saxonne ainsi qu'une vision partiellement réduite de la part de la doctrine française. Cela nous a conduit à réfléchir sur ce concept¹⁰. À partir des définitions déjà posées et sur lesquelles nous nous sommes appuyé¹¹, nous avons décidé de **vérifier et d'approfondir la définition du fédéralisme** en nous appuyant sur trois cas que sont les États-Unis, le Canada et le Brésil. Notre analyse permettra de proposer une grille de lecture du fédéralisme. Ces trois Fédérations, étant à la fois proches sur certains aspects et

deux situations, il adopte deux postures, celle du corps (ou de l'esprit) en tant que référence, et celle du corps en tant que référé. Il nomme ces deux situations respectivement "référentiel égo-centré" et "référentiel exo-centré". Ces postures sont alternatives, mais peuvent agir conjointement, non pas simultanément, mais l'une à la suite de l'autre. Ainsi, dans sa confrontation avec un système nouveau ou un simple élément qui ne fait pas parti (encore) de sa base de référence, le sujet va naturellement adopter un des deux référentiel postural : soit se situer par rapport à son environnement, soit le voir par rapport à lui. Cela se fera en fonction de la situation. Cependant, dans les deux cas, il ne percevra l'autre système qu'en fonction de ses propres référents.

¹⁰ C'est en cela que nous parlons de « *concept* » de fédéralisme puisque les contours de sa définition sont assez peu précis et ne font pas l'objet d'un consensus au sein de la doctrine. Voir les précisions terminologiques aux pages 19 et s.

¹¹ Les définitions posées par Olivier Beaud, Vlad Constantinesco et Stéphane Pierré-Caps, François Vergniolle de Chantal, Maurice Croisat, Guy Héraud, Karl Friedrich, K. C. Wheare, Albert V. Dicey, Preston King, Ronald Watts, Eugénie Brouillet, Henri Brun et Guy Tremblay.

différentes sur d'autres, ont permis d'avoir une approche relativement variée et complète du fédéralisme. Le travail de comparaison que nous réalisons dans cette thèse suit une logique intégrative¹², c'est-à-dire visant à rechercher les points de convergence entre ces trois Fédérations, nous aborderons la problématique de la recherche des éléments de définition du fédéralisme par la question de l'existence d'un *modèle fédératif*, qui permettrait d'établir un cadre à la définition du fédéralisme. Ainsi, nous nous demanderons si le fédéralisme peut être défini en tant que *modèle*.

État des lieux sur la compréhension du fédéralisme

Le fédéralisme est un concept difficile à cerner : sa compréhension n'est pas simple pour un esprit français, dont la grille d'analyse est inadaptée à un tel système, nous l'avons dit. C'est un concept qui lui est étranger, tant par les éléments qui en forment l'essence, que sont par exemple la division de la souveraineté ou les principes d'autonomie, de participation ou de séparation, que par les logiques qui en sont à l'origine, c'est-à-dire la diversité et l'unité. Il est vu comme une superposition d'ordres juridiques dont les entités composantes sont parfois quasiment assimilées à des collectivités décentralisées au régime plus élaboré mais dont les compétences sont plus indépendantes du pouvoir « *central* » que ne le sont celles des collectivités d'un État unitaire décentralisé. Pour certains penseurs français, le fédéralisme est un système d'organisation dont la manifestation pratique est la Fédération. Celle-ci doit être entendue comme une union d'États dans un corps politique conduisant à la création d'une nouvelle entité mais tout en maintenant l'existence de ces États. Dans ce sens, Olivier Beaud considère que la Fédération n'est pas un État mais une forme politique autonome¹³.

Le « *modèle* » dessiné par la doctrine *classique* française semble être retenu comme la conception générale du fédéralisme. Le « *modèle fédéral* » tel qu'il est entendu paraît pouvoir circuler de système à système suivant la logique issue de la fin de la période de décolonisation et de la période de la chute du mur de Berlin, mettant à jour de nouveaux États. Durant ces périodes, des constitutions « *prêtes-à-servir* », c'est-à-dire des modèles de constitution, ont été proposés par des juristes appelés à élaborer de nouveaux

¹² Voir Marie-Claire Ponthoreau, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 1-2005, p. 10.

¹³ Voir Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2009, p. 30.

textes constitutionnels pour les nouveaux États ou les États accédant à l'indépendance. Il ressort de ces constats l'idée de « *modèle fédéral* »¹⁴. Dans cette optique, nous tenterons de voir si un *modèle fédératif* existe dans l'absolu et peut être dégagé.

La Fédération (c'est-à-dire la manifestation pratique du fédéralisme) détient en elle-même les raisons d'une difficulté à la délimitation précise et stricte de son cadre de définition : c'est un système¹⁵. Ce dernier étant un ensemble en perpétuel mouvement, des limites sont difficile à établir pour donner à la Fédération une définition enfermée dans un cadre statique. Pour Albert Venn Dicey, deux principes fondamentaux sont à la base de la construction d'une Fédération : « *a body of countries [...] so closely connected by locality, by history, by race, or the like, as to be capable of bearing, in the eyes of their inhabitants, an impress of common nationality* » ainsi que l'existence d'un « *very peculiar state of sentiment among the inhabitants of the countries which it is proposed to unite* »¹⁶. Il existerait donc à l'origine de la Fédération, un sentiment primordial de volonté d'appartenance à une nation commune. Cela peut donc être entendu comme une condition subjective à la Fédération. De manière plus pragmatique et selon une conception objective, Kenneth C. Wheare explique que le fédéralisme peut être défini comme « *the method of dividing powers so that the general and regional governments are each within a sphere, coordinate and independent* »¹⁷. La vision est dans ce cas toute aussi pertinente. Elle rend compte d'un principe général d'organisation et de relation entre les entités composant la Fédération, mais elle est davantage portée sur une analyse matérielle et fonctionnelle.

Preston King, à la fin des années soixante-dix, établira en conclusion de ses analyses que le fédéralisme est un *moteur multidimensionnel* et que la Fédération doit être

¹⁴ Nous pensons qu'il existe, a priori, une grave erreur dans l'utilisation du qualificatif « *fédéral* » lorsqu'il s'agit de qualifier ce qui se rapporte à l'ensemble de la Fédération. Ce qualificatif sert déjà à qualifier ce qui se rapporte à l'entité fédérale et exclut donc ce qui se rapporte aux entités fédérées. Nous considérons qu'il convient davantage d'utiliser le qualificatif de « *fédératif* » qui évite toute confusion.

¹⁵ Voir la définition du système pp. 15 et s. de cette introduction.

¹⁶ « *Un ensemble de pays (...) intimement liés par leur situation géographique, par leur histoire, par leur race, ou l'équivalent, d'être capable de cerner dans les yeux des citoyens, un sentiment de nationalité commune* » et « *un sentiment très particulier de volonté d'union chez les citoyens des pays* » (traduit par nous) pour les deux citations, Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, MacMillan & Co, 1902, p. 137.

¹⁷ « *La division des pouvoirs, laissant les gouvernements général et régionaux dans des sphères de compétences à la fois coordonnées et indépendantes* » (traduit par nous), Kenneth C. Wheare, *Federal Government*, Oxford, Oxford University Press, 1963, 4^{ème} éd., p. 10.

vue comme son équivalent institutionnel, structurel et systématique. Il verra ainsi que le fédéralisme n'a pas de forme particulière et représente un cadre, une logique, se concrétisant par la formation d'une Fédération qui pourra avoir des formes et des organisations différentes. Il écrit : « *there may be federalism without federation* », mais il n'existe « *no federation without some matching variety of federalism* »¹⁸.

Ces premières conceptions du fédéralisme permettent de livrer une première ébauche du fédéralisme et de constater que le fédéralisme est davantage un *état d'esprit* qu'un cadre déterminé.

Délimitation du champ d'étude et présentation du sujet

Nous expliquerons ici comment le sujet qui est le nôtre s'est dessiné et a fini par se définir. Nous présenterons ainsi les différents points que nous étudierons en fonction des choix qui auront été les nôtres.

Les constatations préalables à ce travail de recherche dans le cadre de la réflexion sur le traitement de ce sujet et les réflexions premières sur le cadre de cette thèse nous ont conduit à considérer qu'une étude sur le fédéralisme semblait recouvrir un véritable intérêt scientifique aujourd'hui. D'abord, car l'évolution des relations internationales et les conséquences d'une mondialisation, voire d'une globalisation des échanges à quelque niveau et dans quelque domaine que ce soit, conduisent à se replier sur des valeurs identitaires, favorisant une forme de régionalisme pour contrer l'ouverture au niveau international. Or, le principe d'une volonté de maintenir des identités dans un cadre plus large, allant vers une forme d'unification, est le propre du fédéralisme. Ensuite, la compréhension du fédéralisme dans la littérature juridique française ne semble pas claire car les définitions posées ne sont ni identiques ni précises. Par conséquent, nous avons décidé de rechercher dans la littérature anglo-saxonne, comment le fédéralisme était défini. Si les définitions posées étaient davantage convergentes et étoffées, il n'en demeurerait pas moins des différences entre certaines définitions et un décalage avec les définitions proposées dans les ouvrages français. Ces constats nous ont donc conduit à considérer qu'une étude sur le fédéralisme et sa définition représentait un intérêt scientifique évident. Notre étude vient compléter les définitions déjà établies par la

¹⁸ Preston King, *Federalism and Federation*, London, Croom Helm, 1982, p. 76.

doctrine francophone et anglo-saxonne et vise à s'interroger sur l'existence d'un *modèle fédératif*.

Ainsi, l'objectif de méthode que nous souhaitons adopter vise à étudier certains aspects constitutifs et institutionnels du fédéralisme dans trois Fédérations que sont les États-Unis, le Canada et le Brésil et proposer une grille d'analyse nouvelle et complémentaire de celle qui est généralement donnée, mettant en avant les caractéristiques du fédéralisme qui nous paraissent essentielles. Notre thèse visera à contribuer à compléter les recherches et analyses existantes sur le fédéralisme.

Alors, pourquoi s'attacher à réaliser une étude comparative du fédéralisme ? Une des réponses consiste à expliquer que cela permet d'étudier le fédéralisme en lui-même par les différents angles d'approches adoptés et selon des perspectives variées. Néanmoins, la raison fondamentale est la difficulté à trouver une définition unanime, complète et claire du fédéralisme dans la bibliographie francophone et anglo-saxonne qui correspond entièrement à la mise en œuvre du fédéralisme.

Dans cette thèse, nous souhaitons proposer une définition pratique et institutionnelle¹⁹ du fédéralisme qui corresponde davantage à l'existence de cette forme d'organisation. La recherche qui va nous occuper tout au long de ce travail se rapporte à l'étude de trois systèmes fédératifs ayant adopté la forme fédérative. Il aura pour objectif de faire une comparaison de certains aspects essentiels de ces Fédérations pour proposer une définition du fédéralisme par l'établissement d'une grille de lecture, complétant celles qui existent aujourd'hui et tenter de remédier à des erreurs de caractérisation de ce concept.

Pour analyser l'existence d'un *modèle fédératif*, nous avons décidé de faire reposer notre recherche sur trois États de forme fédérative que sont les États-Unis, le Canada et le Brésil. Le choix de ces trois pays trouve des justifications variées.

¹⁹ Nous avons exclu ainsi toute étude relative au substrat humain dont l'analyse mérite une étude propre. Voir sur l'analyse du fédéralisme par le prisme humain des droits fondamentaux Céline Fercot, *La protection des droits fondamentaux dans l'Etat fédéral. Etude de droit comparé allemand, américain et suisse*, Paris, LGDJ, Fondation Varenne, Coll. des thèses, 2011, 877 p.

Les États-Unis présentent l'intérêt d'être l'un des premiers pays à adopter la forme fédérative moderne, telle que nous la connaissons aujourd'hui. Les raisons de l'adoption de ce type d'organisation et l'évolution de ce système ont donc permis de récolter des informations riches d'enseignements et propres à ce pays.

Le choix du Canada est, lui, justifié par l'ancienneté de sa formation fédérative et par la construction différente et l'évolution divergente de son système fédératif, par rapport aux États-Unis. Son organisation, les relations de pouvoirs et la répartition des compétences se démarquent en de nombreux points de son voisin nord-américain.

Enfin, le Brésil s'est imposé dans ce travail du fait du caractère composite et métissé de son système fédératif. De plus, les raisons de l'adoption de la forme fédérative et la construction des règles d'organisation de ce pays variaient fortement des deux premiers pays étudiés. Il a opéré un mariage entre des règles et des caractéristiques déjà existantes dans des États ayant adopté la forme fédérative et ses conditions politiques et historiques propres. Ensuite, il présente l'avantage d'être une Fédération formée par désagrégation²⁰. Enfin, il n'a fait l'objet jusqu'à présent que de peu de recherches et est largement mal connu.

Les raisons de l'exclusion du champ de notre étude de systèmes fédératifs européens résident principalement dans la complexité de comparer des systèmes de droit civil et des systèmes de *common law*²¹. En effet, le travail de comparaison doit comprendre un travail préalable de choix méthodologique concernant l'objet étudié. La comparaison purement conceptuelle ayant montré ses limites, il est nécessaire d'intégrer une analyse prenant en compte l'environnement de l'objet (l'origine et les raisons de son existence). Cela peut conduire à de fausses correspondances et entraîner le comparatiste dans l'erreur²². Ainsi, lorsque plusieurs systèmes sont analysés selon une focale particulièrement courte, comme c'est le cas dans ce travail, les facteurs à intégrer lors de l'analyse comparée sont nombreux et donc potentiellement variés. Il en va différemment lorsque seule une norme ou une institution sont comparées dans plusieurs systèmes

²⁰ Même si nous verrons que cela est très discutable d'un point de vue pratique.

²¹ Voir Ruth Sefton-Green, « Compare and Contrast : Monstre à deux têtes », *Revue Internationale de droit comparé*, 1-2002, pp. 85-95 et la page 28 de cette introduction. Même si le système juridique brésilien est fondé sur la tradition romano-germanique, il s'est inspiré de systèmes de *common law* sur de nombreux points et notamment la règle du précédent, propre à la tradition anglo-saxonne.

²² A titre d'exemple, le terme « État » ne correspond pas au terme « *state* » car les systèmes de *common law* ne se sont pas construits autour et par l'État. Voir les pages 391 et s.

juridiques. Ensuite, notre refus de comparer des Fédérations ayant adopté des systèmes de droit civil et de *common law* s'explique par la conception différente de la notion de souveraineté²³. Cette notion qui est à la base du fédéralisme n'est, en effet, pas la même dans les Fédérations européennes et dans les Fédérations américaines²⁴. La conception européenne du fédéralisme se fonde sur la conception pufendorffienne de la souveraineté, reposant elle-même sur les théories de Jean Bodin²⁵ et de Thomas Hobbes²⁶, excluant tout partage de celle-ci²⁷. Il en va différemment de la conception pragmatique de la souveraineté que l'on observe dans les Fédérations influencées par l'expérience étasunienne²⁸. Celle-ci s'est construite sur les réflexions et le travail de Johannes Althusius qui donne à la souveraineté une place fondamentale et qui conçoit son partage et sa division²⁹. Pour cela, la comparaison entre des systèmes américains et un système européen ne semblait pas pouvoir recouvrir une pertinence scientifique rigoureuse à nos yeux sans faire un travail de distinction préalable et approfondi entre les deux avant de tenter de trouver un angle d'approche commun aux deux conceptions de la souveraineté pour une étude du fédéralisme.

Cette thèse sur le fédéralisme se réalise sur deux plans : à la fois sur un plan théorique et sur un plan pratique.

Le fédéralisme, en tant que système organisationnel et institutionnel, revêt des formes variées et différentes. Depuis les premières conceptions et théorisations de la notion de fédéralisme avec Althusius, l'idée fédérative a traversé les périodes et s'est conceptualisée en tant que système formalisé, représentant les structures essentielles d'un objet. Les États-Unis ont été le premier pays à adopter la forme fédérative moderne, et ils ont été suivis, entre autres, par le Canada et le Brésil. Chacun de ces trois États a adopté

²³ Des aspects ou notions européens seront toutefois étudiés dans ce travail et notre conclusion offrira une grille de lecture applicable au « système fédératif européen » et tentera d'apporter des éléments de proposition à l'organisation de l'Union européenne.

²⁴ L'Amérique étant un continent, le qualificatif « américain » se rapportera, tout au long de cette étude, aux États de ce continent (Nord et Sud). Pour qualifier ce qui se rapporte aux États-Unis, nous emploierons l'adjectif « étasunien », comme le permet le dictionnaire *Le Petit Robert*.

²⁵ Jean Bodin, *Six livres de la République*, Livre 1, Paris Fayard, 1986, chapitre 8.

²⁶ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Paris, Sirey, 1971, 780 p.

²⁷ Voir Olivier Beaud, « La Fédération entre l'État et l'empire », in B. Théret, *l'État, la finance et le social : souveraineté nationale et construction européenne*, La Découverte, 1995, p. 283.

²⁸ Voir la note 24.

²⁹ Johannes Althusius, *Politica Methodice Digesta*, chap. XVII § 28, § 30.

juridiquement la forme fédérative et a défini son système organisationnel comme une *Fédération*.

L'étude du fédéralisme peut se réaliser selon différents aspects ou caractéristiques de ce système. Les angles d'approche qu'il est possible d'adopter sont multiples et nous avons décidé de restreindre notre étude à certains aspects institutionnels structurants du fédéralisme. Selon une approche que nous avons souhaité évolutive, nous avons d'abord identifié des éléments fondamentaux du fédéralisme, présents dans les définitions contemporaines. Ces éléments, tels que l'organisation des compétences ou la subsidiarité, étaient également présents dans la conception althusienne du fédéralisme. Nous avons donc décidé d'analyser d'abord ces aspects fondamentaux du fédéralisme, en tant qu'éléments permanents. La question de l'organisation des compétences est d'un intérêt particulier dans l'analyse des systèmes fédératifs. Celle-ci se rapporte principalement à la ***répartition des compétences législatives*** car celles-ci déterminent largement la répartition des pouvoirs exécutifs. Chaque ordre de gouvernement³⁰ doit avoir une administration efficace pour mettre en œuvre les règles déterminées par le pouvoir législatif. Pour mesurer le phénomène institutionnel et organisationnel dans son ensemble, sans l'isoler de son environnement, nous analyserons également ***l'organisation des compétences financières*** par l'étude des finances publiques, élément fondamental de répartition des pouvoirs, dans l'organisation d'une Fédération. En effet, les pouvoirs législatifs et exécutifs ou les principes fondamentaux du fédéralisme que sont l'autonomie ou la séparation, tout comme la coopération, sont dépendants des compétences financières des gouvernements. Cette question représente, de surcroît, un thème très intéressant car considéré par les spécialistes comme un des principaux points de mesure de la capacité d'action des entités d'une Fédération. Se rattachant à cela et découlant de la répartition des compétences, la notion de ***subsidiarité*** présente l'avantage de ne pas recouvrir la même signification telle que nous la connaissons en Europe et dans les trois sphères d'étude que sont le Canada, le Brésil et les États-Unis. Elle a donc bénéficié d'une attention toute particulière dans nos recherches. En effet, la subsidiarité est utilisée de manière différente dans les trois Fédérations car elle va dépendre de l'organisation des compétences dans le

³⁰ Les ordres de gouvernement sont les « *niveaux* » de gouvernement existant dans chaque Fédération, c'est-à-dire le gouvernement fédéral, les gouvernements fédérés et les gouvernements locaux, lorsqu'ils existent.

texte constitutionnel et va être influencée par l'évolution de la pratique fédérative. Puis, le partage des compétences nous a également amené à étudier la question de l'autonomie et celle de la coopération du fait de leur lien naturel avec la répartition des compétences, qu'elles soient législatives ou financières. Néanmoins, pour cerner le sujet de recherche plus précisément, nous nous proposons de voir davantage en profondeur les grands thèmes de notre analyse.

Ce sont ensuite les concepts de contrat, de souveraineté mais également sur les principes fondamentaux de toute Fédération que sont les principes de *coopération*, de *participation*, de *séparation* et *d'autonomie* qui ont ensuite fait l'objet d'une étude comparée dans notre travail. Le **contrat** est présent dès la construction de la Fédération à travers le Pacte fédératif et la logique contractuelle va ensuite faire évoluer la Fédération à de multiples niveaux. La **souveraineté** est un élément essentiel car la question de son partage au sein de la Fédération va être capitale. Enfin, les **quatre principes fondamentaux** du fédéralisme vont servir à organiser et réguler les forces centrifuges et centripètes de la Fédération.

Définitions des termes employés dans cette étude

De manière à bien guider notre réflexion, une définition des termes essentiels semble nécessaire. Un certain nombre de termes qui seront employés dans cette thèse ne correspondent pas précisément à la signification qui est généralement utilisée dans la doctrine et la littérature juridique française. Nous souhaitons expliquer et définir certains termes essentiels dans la logique fédérative et que nous emploierons tout au long de nos développements. L'intérêt d'une telle présentation consiste à permettre au lecteur d'être en adéquation avec la compréhension des termes employés.

D'abord, des distinctions s'imposent entre les concepts de fédéralisme, de Fédération, ou d'État fédéral. À partir de ces premières indications sémantiques, il est possible de définir et de distinguer les notions de « *fédéralisme* », de « *Fédération* » et d'« *État fédéral* ».

Le fédéralisme se définit comme un système d'organisation proposant un cadre³¹ institutionnel fondé sur la coexistence entre des entités fédérées disposant de gouvernements propres et une entité fédérale distincte, dotée également d'un gouvernement et dont les compétences se distinguent de celles des entités fédérées. Ces deux types d'entités forment un ensemble appelé « *Fédération* ». La Fédération est donc un corps politique, un ensemble composé d'entités fédérées et d'une entité fédérale et qui détient généralement une existence propre, appelée classiquement « *pays* » ou d'un point de vue du droit international, « *État* »³². Cependant, dans une logique et une sémantique fédératives, la dénomination d'État pour désigner la Fédération est parfois malaisée car l'*État – Fédération* ne doit pas être confondu avec l'État fédéré qui représente l'un des membres de la Fédération. L'« *État fédéral* » est la dénomination française de la doctrine pour désigner un pays ayant adopté une forme fédérative. La traduction littérale (*federal state*) n'existe pas dans la doctrine nord-américaine car ce qui désigne l'« *État fédéral* » est le mot « *federation* »³³. Pour cette raison, nous n'utiliserons pas l'expression d'« *État fédéral* » qui est pour nous trop sujette à confusion, notamment en raison de l'adjectif « *fédéral* » auquel nous préférons l'adjectif « *fédératif* ». Ce dernier a le mérite de désigner clairement ce qui se rapporte à l'ensemble, tout en laissant l'adjectif « *fédéral* » à ce qui se rapporte aux États membres de la Fédération.

Ainsi, le fédéralisme est un système d'organisation qui se matérialise par des Fédérations.

La présentation de la Fédération se fait généralement de manière bipartite : il est fait une distinction entre *la* fédération et *les* États membres.

Le Canada opère une distinction entre le gouvernement fédéral et les Provinces qui sont respectivement l'entité fédérale et les États membres.

Aux États-Unis, le *federal government* se distingue des *state governments*. Il existe également des gouvernements locaux dont la compétence est circonscrite à un territoire

³¹ Le cadre sera entendu dans ce travail comme un ensemble délimité mais adapté à son environnement. Il se différencie du modèle en ce que ce dernier est un schéma général arrêté, fixe, quel que soit son environnement. Voir la définition du modèle à la page 21.

³² Pour appuyer cette position, rappelons que les constitutionnalistes canadiens ou étasuniens utilisent respectivement les termes de « *Fédération canadienne* » et « *Fédération américaine* ».

³³ Voir Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *Federalism in America*, Wesport, Connecticut, Greenwood Press, 2006, p. 227.

plus restreint que celui d'un État. Il faut ajouter à cela le statut particulier du district fédéral de Washington qui est vu comme un État membre mais dont le régime est particulier sur un certain nombre de points.

Au Brésil, le gouvernement fédéral coexiste avec les gouvernements des États. De même, les communes (ou municipalités) disposent d'un exécutif et d'un législatif considérés comme un ordre de gouvernement au même titre que les gouvernements des États ou du gouvernement fédéral. Il existe également un district fédéral au statut spécifique (Brasilia). Il est donc manifeste que ce ne sont plus deux ordres de gouvernement qui existent au Brésil, mais bien trois et un État avec un statut spécifique (le district fédéral). Ce troisième ordre de gouvernement est notamment reconnu dans la Constitution brésilienne³⁴. Il n'existe donc pas seulement deux niveaux de gouvernement dans les Fédérations.

Des entités locales ou spéciales (district fédéral) peuvent également exister et jouir de pouvoirs et de compétences propres.

D'un point de vue sémantique, des précisions sur le terme *fédéral* doivent être apportées car c'est bien évidemment un terme fondamental. Un des problèmes posés par la dénomination large et imprécise de certaines notions ou certaines idées dans la littérature scientifique française fait que le terme « *fédéral* » sert à qualifier deux types d'objets³⁵. Le mot « *fédéral* » est d'abord l'adjectif qualificatif utilisé pour ce qui se rapporte à la Fédération en tant que forme étatique et en tant que système organisationnel et qui s'oppose à toute autre forme d'organisation de type national ou international. À titre d'exemple et de manière à illustrer notre propos, on dira que l'État *fédéral* se distingue généralement de l'État unitaire ou de la confédération d'États. Cependant, le mot *fédéral* permet aussi de nommer l'entité centrale, qui se distingue des entités composantes que sont les États fédérés. En ce sens, le *fédéral*, c'est-à-dire le pouvoir central s'oppose aux gouvernements étatiques. La conséquence issue de la simplification de la dénomination de ces idées est bien plus importante qu'une simple et unique qualification de deux idées différentes. En effet, si le fait de nommer *fédéral* à la fois ce qui correspond à ce

³⁴ Ce qui n'est pas le cas pour la Constitution étasunienne.

³⁵ Olivier Beaud opère néanmoins une différence entre le pouvoir central et l'ensemble de la Fédération. Voir notamment *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2009.

qu'Olivier Beaud appelle « *(l)e Tout et le Centre (une partie du Tout)* »³⁶, il convient de souligner avec lui que cela entraîne une vision biaisée sur la relation entre les deux entités (le gouvernement central et les gouvernements fédérés). L'utilisation de l'adjectif *fédéral* pour désigner à la fois le gouvernement central et à la fois l'entité entière regroupant le gouvernement central et les gouvernements fédérés, a pour effet d'accorder au gouvernement central une importance injustifiée et instaure un rapport de subordination entre le gouvernement central *fédéral* et les gouvernements des États membres. Or, toute hiérarchie entre ces deux instances est non avenue car les États membres ne sont absolument pas comparables à des entités subordonnées et encore moins à des collectivités soumises à un quelconque commandement provenant du gouvernement central. Une hiérarchie entre les ordres de gouvernement est même contraire à la logique fédérative. Pour éviter toute erreur de compréhension, nous proposons comme Olivier Beaud, de passer d'une conception « *bipartite* » à une conception « *tripartite* »³⁷, c'est-à-dire, qu'au lieu d'utiliser exactement le même terme pour parler du « *Tout* » et du « *Centre* », il est nécessaire d'apporter un élément de différenciation pour ne pas les confondre. Ainsi, nous emploierons le terme de *fédération* (avec une minuscule) lorsqu'il s'agit de parler de l'instance centrale, de manière à la dissocier de la *Fédération* qui représente l'entité entière, regroupant l'entité centrale et les entités fédérées.

De la même façon, pour qualifier tout acte ou action provenant de l'instance centrale, l'adjectif employé sera celui de *fédéral*, alors que pour ce qui concerne l'entité totale, nous emploierons l'adjectif de *fédératif*. Nous suivrons cette convention tout au long de ce travail pour opérer une distinction claire entre le gouvernement dit « *central* » et l'ensemble de la Fédération. De même, l'adjectif qui qualifiera tout ce qui se rapporte à l'ensemble de la Fédération sera l'adjectif « *fédératif* » de manière à réserver l'emploi de l'adjectif « *fédéral* » à ce qui se rapporte à l'entité centrale.

Le fédéralisme étant un système d'organisation, il paraît nécessaire de définir le système. Le système est un ensemble caractérisé par la complexité ; complexité de ses composantes et complexité des phénomènes en son sein. Le système sous-tend donc les notions de

³⁶ Olivier Beaud, *op. cit.*, p. 138.

³⁷ Olivier Beaud, *idem*, p. 139.

multifactorialité, de *rétroaction* et de *réursion*, chères à Edgar Morin³⁸ et d'*émergence*³⁹. Denys de Béchillon définit ces notions de manière claire et synthétique en trois points que nous reprendrons ici.

En ce qui se rapporte à la notion de *multifactorialité*, il convient d'indiquer que le système est par définition composé d'un certain nombre de composantes et de déterminants qui interagissent. La notion de *multifactorialité* désigne le nombre important de facteurs agissant au sein d'un système et ne recouvrant ni la même essence, ni la même *logique causale*. Dans le cadre d'une Fédération et en particulier des objets de notre analyse, cela correspond à des facteurs qui vont avoir une importance dans la définition de la Fédération comme le pacte fédératif, les conditions historiques ou encore les divers courants religieux.

À côté de cela, il faut ajouter au caractère de complexification les conséquences des phénomènes de *circularité*, de *réursion* et de *rétroaction*. Ces notions développées par Edgar Morin concernent les actions existantes au sein d'un système entre l'objet et son environnement. Ces deux éléments ont une singularité propre, mais les interactions entre eux sont perpétuelles. De plus, ces interactions ne sont pas linéaires mais circulaires, de manière à créer un système dans lequel les causes et les finalités d'un élément sont étroitement liées aux causes et aux finalités d'un autre. Ainsi, les causes d'une action sont aussi les finalités d'une autre. Il en va de même pour les finalités qui sont les causes d'un autre élément du système. Cela a donc des conséquences sur le rapport du droit aux faits et sur les normes elles-mêmes. La subsidiarité, par exemple, sera un élément que l'on retrouve dans les trois Fédérations étudiées, mais qui va avoir des reconnaissances et des mises en œuvre variées selon son environnement, c'est-à-dire les conditions historiques, religieuses ou sociales⁴⁰. La conception de la subsidiarité aura des conséquences sur l'organisation des compétences législatives et sur les capacités d'intervention d'un ordre de gouvernement sur un autre, reconnues par le Pacte fédératif. Ce Pacte fédératif pourra

³⁸ Edgar Morin, *La méthode - La nature de la nature*, Tome 1, Paris, Seuil, 1977, 399 p ; Edgar Morin, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Editions du Seuil, 2005, 158 p.

³⁹ Voir en ce sens Denys de Béchillon, « L'Ordre juridique est-il complexe ? », in Denys de Béchillon (dir), *Les défis de la complexité*, Paris L'Harmattan, 1994, pp. 33-59.

⁴⁰ Rappelons que la subsidiarité a une origine dans la religion catholique et européenne et ne recouvre pas la même signification dans la culture historique étasunienne, davantage protestante. Voir dans ce sens Chantal Million-Delsol, *L'État subsidiaire*, Léviathan, Presses Universitaires de France, 1992, 232 p. ; Chantal Delsol, « Souveraineté et subsidiarité ou l'Europe contre Bodin », *The Tocqueville Review*, vol. XIX, n° 2, 1998, pp. 49-55.

reconnaître ou non la légitimité de l'action d'un ordre de gouvernement sur un autre, en suivant le principe de subsidiarité. Ces divers éléments vont donc avoir des conséquences et représenter des causes les uns par rapport aux autres.

Les phénomènes de *rétroaction* ou de *réursion* impliquent que les objets ont une singularité, mais appartiennent et sont liés à leur environnement. Ainsi, les relations de cause et de finalité entre l'objet et l'environnement ne sont pas simplement linéaires, mais véritablement circulaires, de sorte que « *les effets rétroagissent sur les causes* »⁴¹. Le Pacte fédératif, à l'origine de la Fédération, va conduire à répartir les compétences législatives entre les ordres de gouvernement. Néanmoins, les conditions historico-sociales vont avoir une influence sur cette répartition des compétences qui pourront ensuite conduire à amender ou réviser le Pacte fédératif pour répondre aux besoins et à l'intérêt général. Il en va de même pour les compétences financières. Certains impôts initialement perçus par un ordre de gouvernement du fait des conditions dans lesquelles le Pacte fédératif a été prévu, pourront faire l'objet d'un partage avec un autre ordre de gouvernement pour des besoins nouveaux, du fait de l'évolution des compétences législatives.

Enfin, la notion d'*émergence* désigne le phénomène issu de la relation entre les éléments d'un système, créant et faisant surgir des propriétés, résultat des interactions au sein du système. Le phénomène d'émergence fait partie de l'ensemble du phénomène juridique, mais ne peut et ne doit pas être assimilé aux éléments constituant le système. Il est un résultat propre à un système et non un élément existant *a priori*. En d'autres termes, la « *propriété émergente* » peut faire partie du système, mais ne fait pas partie des « *éléments constitutifs* »⁴². L'apparition de phénomènes d'émergence n'est pas le fruit de la volonté humaine, ou tout au moins d'une décision. Les émergences semblent apparaître de manière indépendante vis-à-vis d'une quelconque planification. La subsidiarité illustre également ce phénomène. Aux États-Unis, par exemple, celle-ci n'avait pas d'existence sémantique ni même encore de véritable reconnaissance. Elle s'exprime néanmoins en tant que principe de réajustement du fait de l'évolution des compétences législatives et financières ainsi que des conditions économiques qui réduisent de plus en plus les capacités d'action des pouvoirs locaux.

⁴¹ Denys de Béchillon, *op. cit.*, pp. 34-35.

⁴² Pour les deux références voir Denys de Béchillon, *idem*, p. 36.

Le système ne doit pas être confondu avec le processus. Nous définissons ce dernier comme une suite de phénomènes organisée dans une certaine unité ou créant une reproduction des phénomènes selon une certaine régularité. En cela, le processus suit une logique systématique alors que le système produit une logique, par définition, systémique.

Après avoir défini le système et cerné la différence que nous faisons entre système et processus, il est important pour la compréhension de la thèse que nous voulons défendre de définir la logique généralement admise du fédéralisme. Le fédéralisme suit, selon la quasi-totalité des travaux sur le sujet, une logique dialectique. Il paraît donc nécessaire de donner une définition de la dialectique⁴³. La dialectique a de nombreuses significations car elle a reçu de multiples définitions tout au long de l'histoire⁴⁴. Dans cette thèse, nous donnerons à la dialectique la définition qui lui est généralement attribuée aujourd'hui, c'est-à-dire une situation dans laquelle à une thèse et une antithèse, a succédé une nouvelle situation pouvant être qualifiée de synthèse, qui dépasse les situations de thèse et d'antithèse et crée une situation nouvelle⁴⁵. La dialectique suppose donc l'existence de forces contraires et contradictoires qui trouveront un équilibre dans une synthèse. Cette synthèse sera par là même, un dépassement des contraires. La dialectique est considérée comme faisant partie de la logique fédérative car les forces opérant dans les Fédérations (comme l'unité et la diversité, la centralisation et la décentralisation, etc...) vont s'affronter et trouver une synthèse dans l'édiction de normes. Toutefois, cette logique dialectique ne correspond pas pour nous à la logique du fédéralisme. Il nous semble qu'aucun équilibre n'est jamais trouvé, ni aucune synthèse car les rapports de forces sont perpétuels et toujours en faveur ou en défaveur d'une force. La centralisation des pouvoirs sera davantage manifeste lors de période de crise (économique ou en cas de guerre) alors que la décentralisation sera facilitée en période de stabilité économique ou sociale. Les normes changent et iront en faveur d'une force (perception d'impôts importante reconnue

⁴³ « Dans une véritable théorie dialectique (...), les phénomènes découlent les uns des autres dialectiquement : il y a différentes configurations de la réalité dialectique, et chacune des configurations est rigoureusement conditionnée par la précédente, qu'elle intègre et dépasse en même temps... Ce dépassement est irréductible : on ne peut jamais réduire une configuration à celle qui la précède » Jean-Paul Sartre, Interview dans *le Nouvel Observateur*, cité par Alexandre Marc, *De la méthodologie à la dialectique*, Paris, Presses d'Europe, 1970, p. 27.

⁴⁴ Voir la seconde partie, titre second, au chapitre second, section, 1, § 1, A), 1).

⁴⁵ Au sens hégélien, voir André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2^{ème} édition, 2006, p. 227.

aux entités fédérées ou réduite dans certains domaines) puis d'une autre selon les époques. Il faut donc davantage voir une logique dialogique, c'est-à-dire, une opposition de forces contraires mais complémentaires, ne trouvant jamais d'équilibre⁴⁶. Nous tenterons de démontrer que cette logique dialectique ne peut être considérée comme valable et qu'il semble qu'un autre type de logique (dialogique) corresponde davantage à la logique du fédéralisme.

Nous utiliserons tout au long de cette thèse les termes d'*idée*, de *concept* ou de *notion* que nous différencions.

L'idée ne doit pas être confondue avec le concept. Les « *Idées* », selon Platon, sont les formes ou les essences réelles exprimées par les concepts⁴⁷. L'idée est donc tout objet tel qu'il est perçu d'abord en tant que phénomène intellectuel (par opposition à une action ou un sentiment) et ensuite en tant que représentation individuelle et non pas en tant qu'existence réelle. L'idée doit être entendue dans ce travail dans son acception moderne développée dès le XVII^{ème} siècle et reposant sur la conception platonicienne, c'est-à-dire comme un objet de pensée et de représentation général⁴⁸. La subsidiarité est donc un exemple d'idée, n'étant pas un principe reconnu normativement et absent de la culture canadienne ou étasunienne. Pour autant sa signification et sa mise en œuvre existent⁴⁹. Elle recouvre relativement la même idée au Brésil ou en Europe, mais est quand même un peu différente. Il en va de même pour le Pacte fédératif qui repose sur le contrat. On parlera alors d'*idée de contrat* car ce n'est pas un contrat à proprement parler tel que nous le définissions mais une alliance, une convention ne recouvrant pas de forme déterminée.

Le concept trouve une définition différente de celle de l'idée. Pour Aristote, le concept est un genre (la connaissance des concepts est la connaissance des genres, des espèces et des lois). Pour les logiciens, les concepts ont des contours arrêtés et peuvent ainsi entrer dans des cadres et permettre des classifications. Le concept vient de l'homme, est conçu par son esprit alors que l'idée qui vient des choses est vue par l'esprit. Le

⁴⁶ Pour une définition de la dialogique, voir la seconde partie au titre second, chapitre second, section 1, §1 B) 1).

⁴⁷ Jacques Chevalier, « Le Concept et l'Idée », *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 114.

⁴⁸ André Lalande, *op. cit.*, p. 447.

⁴⁹ Le gouvernement fédéral pourra agir dans des domaines qui ne relèvent pas de sa compétence en cas d'urgence ou de crise (article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Voir Comité judiciaire du Conseil privé, *Fort Frances Pulp and Power Co c. Manitoba Free Press Co.*, (1923), A.C. 695.

concept est construit et donc le fruit de l'expérience. Il est ce qui permet de saisir le réel. Toutefois, Jocelyn Benoist pense ainsi « *qu'il y a plus dans un concept que ce qui est pensé en lui* »⁵⁰. En ce sens, la définition adoptée ici du concept se rapprocherait du concept dit « *a posteriori* »⁵¹. Le concept est une vue partielle du réel et relative à un certain point de vue. Il dépend donc de l'Homme. La conceptualisation sera ainsi « *l'acte de pensée dont la source est le sujet épistémique aboutissant à une représentation générale d'une classe déterminée de phénomènes* »⁵² qui se différenciera de la conception représentant l'opération de l'entendement consistant à saisir ou former un concept. Le concept de fédéralisme désignera la conception que l'on se fait du fédéralisme à partir des expériences qui ont permis de le façonner. C'est pour cela que sa définition n'est pas identique dans la doctrine juridique ou politiste internationale. Le concept est donc une perception plus élaborée que l'idée, du fait de l'existence de connaissances générales plus abouties. Jacques Chevalier exprime avec une image très claire que « *les concepts dans lesquels nous cherchons à arrêter l'idée sont comme des abris provisoires sur cette voie où nous cheminons sans trêve : on s'y repose un instant, mais pour repartir l'instant d'après dans un mouvement indéfini comme tout ce qui va à l'infini et ne peut trouver qu'en lui son repos* »⁵³.

À côté du concept et de l'idée, la « *notion* » est définie de manière différente. La notion est entendue dans ce travail comme un objet de connaissance. C'est une conception générale et communément entendue. Elle recouvre donc un caractère plus défini et fini que le concept car si le concept est le passage de l'idée par l'esprit humain, la notion a des contours plus précis que le concept et est déjà matérialisée et plus précisément délimitée⁵⁴. La notion d'autonomie, par exemple, sera ici comprise selon la conception la plus souvent reconnue que ce soit dans la doctrine francophone ou anglo-saxonne. Elle s'entend donc comme un pouvoir politique, administratif et financier.

Ainsi, les différences entre ces trois termes sont véritablement des différences de degré dans la matérialisation de chacun. L'idée est plus générale et plus « *abstraite* » que

⁵⁰ Jocelyn Benoist, *Concepts*, Paris, Editions du CERF, 2010, p. 184.

⁵¹ André Lalande, *idem*, p. 160.

⁵² André-Jean Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 87.

⁵³ Jacques Chevalier, *op. cit.*, p. 136.

⁵⁴ André Lalande, *idem*, p. 692.

le concept, qui lui-même est plus construit. Toutefois, ce dernier est moins clairement identifié que la notion.

Un travail posant la question de l'existence d'un *modèle fédératif* ne peut pas non plus se dispenser d'une définition du *modèle*. Selon Le Grand Littré, un modèle sert à « *faire ou reproduire telle ou telle chose* »⁵⁵ ; ou encore, il représente, d'une manière résumée, condensée, concentrée, une classe, un ensemble, une structure ; ou enfin, il constitue la « *représentation simplifiée d'un objet, d'un processus* » ou d'un système⁵⁶. Le modèle doit donc être entendu comme un « *schéma général* »⁵⁷, une « *œuvre ou objet que l'on imite, que l'on reproduit ; ce qui sert d'exemple, de type, de norme* »⁵⁸. Ainsi, suivant la thèse des modèles de justice constitutionnelle, un modèle recouvre des traits principaux qui sont transposés et imités dans différents États⁵⁹. Cette conception empiriste, repose sur l'observation de l'expérience et l'existence *a priori* d'un modèle déjà construit. C'est donc une pratique, un cadre qui s'impose comme étant *la référence*. Le *modèle fédératif* désignerait donc un ensemble de caractéristiques qui constitueraient les conditions d'existence d'une Fédération. Ce modèle pourrait ainsi s'appliquer à toutes les Fédérations qui porteraient, en elles-mêmes, des caractéristiques identiques. Ces caractéristiques peuvent se rapporter à l'organisation, aux tendances centralisatrices ou décentralisatrices ou encore aux rapports existants entre les entités qui forment la Fédération.

Nous verrons que, selon notre thèse, il semble exister des *outils* fédératifs qui permettent de considérer la présence d'une Fédération. L'*outil* est entendu ici comme un instrument, une technique existant par elle-même permettant l'existence et le fonctionnement d'un ensemble. *L'outil* a la capacité de permettre de se soumettre à la volonté de son utilisateur pour pouvoir construire ou moduler une matière ou une idée pour lui donner une forme voulue. *L'outil* fédératif est donc perçu comme un instrument que l'on retrouverait dans les Fédérations étudiées dans ce travail et qui permettrait de participer à la définition de la

⁵⁵ Le *Grand Littré*, T. 4, 2009.

⁵⁶ André-Jean Arnaud, *op. cit.*, p. 378.

⁵⁷ Alexandre Marc, *De la méthodologie à la dialectique*, Paris, Presses d'Europe, 1970, p. 19.

⁵⁸ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} édition.

⁵⁹ Voir Louis Favoreu, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *AIJC*, vol. 4, 1988, pp. 51-66 ; Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 2^{ème} éd., Paris, P.U.F., 2006, p. 35, cités par Guillaume Tusseau, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle – Essai de critique méthodologique*, Bologna, Bononia University Press, 2009, p. 18.

Fédération et du fédéralisme. Il est autonome et indépendant, mais peut être associé à d'autres *outils* pour permettre la construction et l'existence d'une *œuvre*.

Nous distinguerons également le terme de « *constitution* » avec ou sans majuscule. Lorsque nous citerons une *constitution* précise, nous y apposerons une majuscule car c'est le nom d'un texte fondamental précis, reconnu en tant que tel. Par contre, lorsque nous parlerons de *constitution* en terme général, nous l'écrirons avec une minuscule car cela ne désignera pas un texte précis.

Quelques références seront faites à l'Union européenne dans ce travail. Si ce dernier prend en compte l'adoption du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* et la disparition de la Communauté européenne, nous garderons l'adjectif (communautaire) pour qualifier ce qui se rapporte à l'Union européenne ou nous emploierons le qualificatif « *de l'Union* ». Un adjectif propre à l'Union étant absent du vocabulaire scientifique ou politique, nous utiliserons ces deux derniers tout en considérant que cela ne fait aucune référence à la Communauté européenne, aujourd'hui disparue.

L'adjectif « *étatique* » sera généralement employé pour qualifier ce qui se rapporte aux États membres d'une Fédération.

Présentation de la démarche comparative

Avant tout travail de comparaison, il paraît nécessaire d'expliquer ce qu'est un travail de comparaison. Nous définirons donc ce qu'est une approche comparative, nous montrerons son intérêt d'un point de vue scientifique par l'illustration de l'influence de systèmes juridiques sur d'autres. Nous exposerons quel type de comparaison a été choisi parmi les multiples types existants. Nous mettrons en avant les difficultés de ce travail dans la compréhension de systèmes de *common law* pour un juriste de tradition romano-germanique, puis nous détaillerons les obstacles qui se présentent à tout comparatiste du point de vue de la langue, c'est-à-dire quelles embûches se sont posées à nous et à tout comparatiste lorsqu'il se confronte à une langue étrangère.

La démarche adoptée dans cette étude est une démarche comparative⁶⁰. La comparaison peut être menée de multiples façons et les courants sont légion. Les juristes appliquent plus particulièrement une méthode comparative pour trouver les ressemblances et les différences entre les divers systèmes juridiques du monde. La majorité des recherches adoptant une méthode comparative en droit auront tendance à rechercher les points de convergence ou les ressemblances entre décisions jurisprudentielles, institutions ou règles de droit. D'autres recherchent les divergences dans le droit. Ce courant, adopté par Pierre Legrand, est appelé « *différentialiste* »⁶¹. Notre travail s'inscrit dans cette logique de découverte et l'étude comparée de systèmes fédératifs présente un avantage soulevé par Alexandre Marc : « *ce sont des parentés insoupçonnées que s'efforce de révéler le fédéralisme, et lui seul, car il ne cesse d'articuler harmonieusement inventaire, analyse, synthèse et inventions. Articulation qui permet de passer progressivement d'une étape à l'autre ou plus exactement, d'un niveau au niveau suivant, pour déboucher finalement sur la prospective 'doctrinale'* »⁶².

- Approche du droit comparé

Pour certains auteurs, le droit comparé est une méthode, alors que pour d'autres, c'est une science d'observation des phénomènes sociaux et des relations entre le droit et la société. Pour notre part, nous considérons qu'il est une discipline à part entière. En effet, il existe plusieurs méthodes de comparaison, nous le verrons. Cependant, la démarche comparative nécessite un travail sur les buts et les objets de la comparaison. La comparaison doit donc être vue comme une science, une discipline en tant que telle car elle consiste à opérer une réflexion épistémologique et ontologique sur elle-même. Il nous paraît nécessaire de réaliser une étude de la comparaison sur elle-même avant de réaliser une comparaison à proprement parler car les méthodes et les approches de la comparaison sont multiples et

⁶⁰ Le mot « *comparatif* » est un adjectif qu'il convient d'utiliser pour qualifier la démarche qui consiste à faire une comparaison. Cet adjectif ne doit pas être confondu avec le mot « *comparatiste* » qui est un substantif qui désigne l'individu spécialisé dans la comparaison.

⁶¹ Voir Pierre Legrand, *Fragments on Law-as-culture*, W.E.J. Tjeenk Willink, Schoordijk Institute, Deventer, 1999, pp. 10-11.

⁶² Alexandre Marc, *De la méthodologie à la dialectique*, Paris, Presses d'Europe, 1970, p. 13.

les résultats qu'elles peuvent donner sont parfois très différents selon le choix opéré par l'observateur⁶³.

À un premier niveau, l'analyse des différences et des points communs permet une meilleure compréhension des systèmes juridiques, que ce soit des règles ou des institutions des systèmes étudiés. Le droit comparé doit prendre en compte les phénomènes sociaux, culturels et historiques ce qui l'amène à « vaciller » perpétuellement entre le général et le particulier⁶⁴. La comparaison peut être qualifiée de dialectique lorsqu'elle se concentre sur l'interconnexion entre des principes généraux et des faits issus de la pratique. En effet, le cadre général est composé de cas particuliers, mais une perspective historique générale ne peut permettre de généraliser un cas particulier pour en faire un modèle général⁶⁵. Le droit comparé permet donc aux juristes d'avoir des perspectives supplémentaires pour une meilleure compréhension du droit en tant que phénomène social⁶⁶. Le droit comparé est intimement lié aux études historiques et théoriques du droit, ce qui le rend dépendant des changements propres à toute évolution. Toutefois, la comparaison dépend aussi du comparatiste dont le regard et l'analyse auront une influence sur le résultat de sa recherche. C'est le cas pour tout observateur et *a fortiori* pour tout chercheur qui analysera en interprétant des données. C'est donc une méthode subjective qui est adoptée, en recherchant le sens de la réalité sociale dans l'action où celle-ci se produit, influencée par l'intention des acteurs et par le sens de l'observateur. C'est la vision que nous suivrons dans ce travail.

L'intérêt d'un travail de comparaison pour l'objet de notre étude, qui se rapporte à la définition du fédéralisme, se justifie par la compréhension des différentes formes et mises en œuvre du fédéralisme dans les trois Fédérations américaines. Une étude du fédéralisme par l'analyse d'une seule Fédération ne livrerait qu'une approche partielle du phénomène. L'étude de trois Fédérations et l'analyse des points de convergence et de

⁶³ Voir notre travail sur la démarche comparative : Rémi Barrué-Belou, *La question de la comparaison en droit*, Mémoire de Master 2, Toulouse, 2006.

⁶⁴ Voir George Mousourakis, « Toward a Comparative Theory of Legal Change », *Kansai University Review of Law and Politics*, march 2006, n°27, p. 56.

⁶⁵ Georges Mousourakis, *ibidem*.

⁶⁶ « Comme les lois civiles dépendent des lois politiques, parce que c'est toujours pour une société qu'elles sont faites, il serait bon que quand on veut porter une loi civile d'une nation chez une autre, on examinât si elles ont toutes les mêmes institutions, et le même droit politique », Montesquieu, *De l'esprit des lois*, T. 2, livre XXIX, chap. 13, p. 1028.

divergence entre elles, permet une compréhension plus large et plus précise du fédéralisme.

De plus, la comparaison est nécessaire pour répondre à la question de l'existence ou non d'un *modèle fédératif*. Le modèle ne peut être identifié que si les objets d'étude sont pluriels.

- Influences des droits étrangers dans la construction du droit

Le travail de comparaison effectué dans cette étude conduit à s'interroger, par voie de conséquence, sur les influences existantes ou non d'un système sur un autre. De nombreux systèmes juridiques vont rechercher des références ou des solutions à adopter dans leur propre système dans des systèmes étrangers. Le système juridique de réception doit marquer « *l'empreinte de son propre tempérament* »⁶⁷ et donc adapter les éléments importés selon ses traditions. C'est le cas des trois systèmes juridiques que nous étudions ici puisque les États-Unis, le Brésil et le Canada ont recherché des solutions législatives dans des systèmes étrangers, mais aussi pour la construction de leurs règles constitutionnelles. Le droit comparé a donc eu pour ces systèmes une importance significative.

Le fédéralisme canadien s'est construit « *contre* » le fédéralisme étasunien car les conditions politiques n'étaient fondamentalement pas les mêmes. La Fédération étasunienne s'est construite par l'association de colonies indépendantes les unes des autres alors que la Fédération canadienne résulte d'une entente entre trois colonies britanniques d'Amérique du Nord - le Québec et l'Ontario (qui ensemble formaient le Canada-Uni), le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse. Cette entente fut par la suite entérinée par le Parlement britannique. Elle traduit un attachement à la Couronne britannique qui n'a pas son équivalent dans la République étasunienne. Le Brésil, quant à lui, s'est construit pour permettre une unification et une cohérence entre les États formant cet immense territoire et par des recours à des techniques ou des logiques étrangères (française, anglo-saxonne, italienne, étasunienne...).

⁶⁷ Giorgio Del Vecchio, « La communicabilité du droit et les doctrines de G.-B. Vico », in *Introduction à l'étude du droit comparé – Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, T.2, Paris, Sirey-L.G.D.J., 1938, p. 591.

Le droit étasunien a connu de nombreuses influences lors de sa construction. Selon M. H. Hoeflich, le droit étasunien a subi les influences du droit anglais et du droit romain, c'est-à-dire latin et catholique⁶⁸. C'est d'abord le droit allemand, qui a eu une influence certaine sur le droit étasunien, notamment au début du XIX^{ème} siècle⁶⁹. Il a été une des premières sources étrangères du droit étasunien⁷⁰.

Le droit français a aussi influencé le droit étasunien. Du fait de la colonisation, le droit français a été appliqué et est resté en vigueur pendant de longues décennies sur le territoire étasunien⁷¹. Des décisions de la Cour suprême font référence à Domat ou Pothier. C'est le cas, par exemple, des décisions *Pennock v. Coe*⁷² ou *Veazie v. Williams*⁷³. Le code napoléonien eut aussi une importante influence sur le droit étasunien car il fut considéré comme une étape essentielle d'un point de vue juridique et politique. Le droit français influença également le droit étasunien en matière de droit commercial, car le savoir-faire français était reconnu dans ce domaine⁷⁴.

Le but de l'utilisation de la démarche comparative est de rechercher la meilleure solution à adopter selon les exemples de diverses décisions. Le fait de s'appuyer sur des sources de droit multiples ouvre donc les perspectives afin de cerner davantage l'objet étudié.

- Présentation des méthodes de comparaison utilisées

L'approche que nous avons adoptée dans ce travail est multiple et varie selon les types d'objets étudiés. La méthode sera différente lorsque nous étudierons un concept ou lorsque nous étudierons une partie d'un système, ou un système selon sa dynamique.

⁶⁸ M. H. Hoeflich, « Translation & the Reception of Foreign Law in the Antebellum United States », *The American Journal of Comparative Law*, 2002, vol. 50, p. 753.

⁶⁹ Voir M. H. Hoeflich, « Transatlantic Friendships & the German Influence on American Law in the First Half of the Nineteenth Century », *American Journal of Comparative Law*, 1987, vol. 35, n°3, pp. 599-611.

⁷⁰ John Austin ou Joseph Story ont effectué de nombreux échanges avec les juristes allemands durant le XIX^{ème} siècle, voir M. H. Hoeflich, « John Austin and Joseph Story: Two Nineteenth Century Perspectives on the Utility of the Civil Law for the Common Lawyer », *The American Journal of Legal History*, 1985, vol. 29, n°1, pp. 36-77.

⁷¹ Le français était la langue première en Louisiane et en Arkansas.

⁷² Supreme Court, *Pennock v. Coe*, 64 U.S. 117 (1860).

⁷³ Supreme Court, *Veazie v. Williams*, 49 U.S. 134 (1850).

⁷⁴ M. H. Hoeflich, « Translation & the Reception of Foreign Law in the Antebellum United States », *The American Journal of Comparative Law*, 2002, vol. 50, p. 754.

Lorsqu'une notion précise sera étudiée, comme c'est le cas, par exemple, de la subsidiarité, nous suivrons la méthode conceptuelle. Cela consiste à avoir une approche du droit comparé fondée sur les concepts juridiques. Cette méthode paraît intéressante dans la perspective d'une harmonisation des législations, mais elle comporte des inconvénients. Le principal problème qu'elle pose est « *le défaut de correspondance entre les notions et même entre les catégories juridiques admises ici et là (...) On est désorienté (...) lorsqu'on ne retrouve pas dans un droit étranger une manière de classer qui nous semble tenir à la même nature des choses* »⁷⁵. Elle est donc généralement complétée, et c'est le cas dans ce travail, par l'approche fonctionnelle qui analysera les objets de comparaison du fait de leur fonction.

Pour enrichir la méthode conceptuelle et dans d'autres cas, pour étudier des institutions ou des objectifs suivis par la mise en place d'une règle ou d'une instance, la méthode fonctionnelle permet de comprendre l'objet étudié de manière plus complète, selon sa fonction. Selon cette perspective, les choses comparables le sont car elles remplissent la même fonction. Ainsi, H. C. Gutteridge considère que le droit et notamment les lois doivent être analysés en fonction de leur finalité, selon une perspective dynamique et non statique pour connaître leur véritable signification et non leur sens primaire⁷⁶. Selon cette approche, soit le comparatiste recherche les correspondances d'un objet dans un autre système, soit il analyse des objets dans deux ou plusieurs systèmes pour vérifier s'ils ont la même fonction. L'approche fonctionnelle implique de considérer l'institution dans son contexte. Elle doit conduire le comparatiste à se libérer des catégories juridiques de son système juridique d'origine. Cette méthode a néanmoins fait l'objet de critiques consistant à penser que le contexte avait des incidences importantes dans les systèmes juridiques. Ainsi, nous adopterons une méthode fonctionnelle *contextualisée*⁷⁷.

En effet, il convient d'indiquer que l'ensemble de ce travail de comparaison sera effectué selon une approche contextualiste et se rapprochant du courant « *Law as Culture* » en

⁷⁵ René David, Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes juridiques contemporains*, 10^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1992, p. 12.

⁷⁶ Harold. C. Gutteridge, *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge, Cambridge University Press, 1946, pp. 7 à 10.

⁷⁷ Le Professeur John Bell invite à comprendre les fonctions comme « *des activités situées dans une ambiance juridique et aussi dans une ambiance sociale et politique* », John Bell, « La comparaison en droit public », *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Paris, Société de législation comparée, 1999, p. 41.

mettant l'accent sur la structure cognitive de chaque système (et donc culture) juridique. Elle s'oppose à l'approche « *textualiste* », censée étudier le droit dans les textes. Le contexte de la règle de droit est ici primordial et vise les facteurs environnementaux tels que les conditions historiques, politiques ou sociales⁷⁸. Cette méthode est née en réaction aux méthodes précédentes, trop réductrices et ne rendant pas compte de la complexité du phénomène juridique⁷⁹. Selon la méthode contextualiste, le droit ne peut être compris que comme étant le produit ou la cause de phénomènes sociaux, mais il est aussi une manière de structurer la vie sociale. Il est ainsi à la fois un élément distinct et inséparable de la vie sociale et à la fois un élément relativement autonome.

- Les difficultés de comparaison entre systèmes de droit civil et de *common law*

Une autre difficulté qui s'ajoute à la réalisation de ce travail de recherche se rapporte à la comparaison de systèmes de *common law* et de droit civil ou bien à la compréhension de systèmes de *common law* par un esprit formé dans une logique de droit civil. C'est notamment le cas lorsque la comparaison consiste à rechercher un équivalent fonctionnel pour permettre l'importation d'un concept dans un système étranger.

Les logiques d'organisation et de fonctionnement de ces deux systèmes différant largement, il a été nécessaire de comprendre la culture juridique du système de *common law*. Ruth Sefton-Green explique dans ce sens que la compréhension entre les juristes de *common law* et de droit civil est extrêmement difficile car le droit appartient à une culture et ne peut donc être compris convenablement que si le juriste s'immisce véritablement dans le droit étranger⁸⁰.

- Les difficultés posées par la langue

Le travail de comparaison présente également une difficulté fondamentale : la langue utilisée. Or, nos recherches nous ont conduit à travailler sur de multiples sources

⁷⁸ Voir Konrad Zweigert, « Des solutions juridiques par des voies différentes – Quelques observations en matière de droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 18, n° 1, 1966, p. 15.

⁷⁹ Voir M. Graziadei, « The Functionalist Heritage », in Pierre Legrand and Roderick Munday, *Comparative Legal Studies : traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003, p. 114 et s.

⁸⁰ Ruth Sefton-Green, « Compare and Contrast : Monstre à deux têtes », *Revue Internationale de droit comparé*, 1-2002, pp. 85-95.

scientifiques en langue anglaise et portugaise. Le terme utilisé dans une langue peut sembler orthographiquement proche d'un terme dans sa langue d'origine mais recouvrir un sens différent. Le travail scientifique ne se limite pas à la compréhension littérale d'un terme, mais également de son contexte car c'est en fonction de celui-ci que le terme va recouvrir un sens particulier. Ainsi pour Bernhard Bergmans, « *le droit comparé est essentiellement une méthode d'étude et de comparaison des droits étrangers ; l'enseignement d'une terminologie juridique étrangère doit pouvoir constituer un mode d'approche, sinon d'apprentissage du droit comparé* »⁸¹. Rodolfo Sacco complète cette vision en écrivant que, « *the real difficulties of translation arise when the relationship between word and concept is not identical in different legal languages* »⁸². Il résulte de cela que l'information livrée par le résultat de la traduction, ne doit être perçue que comme un outil et non un produit fini. Le comparatiste ne doit donc pas se contenter de la définition d'un mot, mais il doit rechercher la correspondance dans sa langue maternelle pour saisir le sens du mot dans la langue étrangère⁸³. Le terme anglais « *regime* » est un exemple parmi d'autres. Il signifie selon, les situations, « *régime* » ou « *système* ». Lorsqu'une analyse sur un système politique est réalisée, comme cela a été le cas dans cette étude, il convient de porter une attention particulière au sens donné au mot. Les termes utilisés dans ce travail ont donc fait l'objet d'une attention particulière dans leur choix pour leur donner une véritable précision.

Apports à l'avancement des connaissances, problématique et plan

L'état des recherches sur le fédéralisme ne permet pas aujourd'hui de livrer une définition du fédéralisme unanime et reconnue par les chercheurs francophones et anglo-saxons, nous l'avons dit. Pour tenter d'apporter des éléments de solutions dans la compréhension du fédéralisme, nous avons suivi la démarche consistant à rechercher les points de convergence entre les multiples définitions données par la doctrine et donc de rechercher l'existence d'un *modèle fédératif*.

⁸¹ Bernhard Bergmans, « L'enseignement d'une terminologie juridique étrangère comme mode d'approche du droit comparé : l'exercice de l'allemand », *Revue internationale de droit comparé*, 1987, n°1, p. 92.

⁸² « *La véritable difficulté de la traduction vient de la relation entre le mot et le concept quand elle n'est pas identique dans des langues différentes* » Rodolfo Sacco, « Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law », *The American Journal of Comparative Law*, 1991, n°39, p. 14.

⁸³ Voir Rodolfo Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1990, p. 23 et s.

Nous avons donc décidé de nous interroger sur le fédéralisme. À travers l'étude comparative menée dans cette thèse, nous nous demanderons si, à partir des éléments structurants du fédéralisme que nous analyserons, un *modèle fédératif* peut être dégagé, c'est-à-dire une forme accomplie et significative⁸⁴, regroupant ses éléments de définition et susceptible d'être appliquée de manière convaincante à des situations comparables. Ainsi, nous tenterons de répondre à la question générale suivante : d'après ses éléments essentiels et structurants, **le fédéralisme peut-il être défini comme un modèle ?** Quels sont les éléments de définition du fédéralisme et ces éléments peuvent-ils constituer un modèle ?

L'étude du fédéralisme comporte un certain nombre de difficultés. Il conjugue des éléments politiques et juridiques parfois très imbriqués. Le fédéralisme peut être étudié sous de nombreux points de vue : constitutionnel, politique, social, économique, culturel, juridique, philosophique, idéologique, etc... Mais quelle(s) que soi(en)t l' (les) approche(s) choisie(s), il sous-entend dans tous les cas les notions de pouvoirs, d'autorité ou de souveraineté qui fondent les rapports entre les forces diverses agissant dans la Fédération. Cela conduit donc à analyser l'organisation des compétences législatives, la création et la modification du pacte fédératif ou encore l'attribution des compétences financières.

L'intérêt de cette thèse est donc de **compléter et approfondir les définitions existantes du fédéralisme** par une démarche comparative concernant certains aspects des systèmes fédératifs brésilien, canadien et étasunien. En adoptant cette démarche, nous pourrions nous interroger sur les conditions d'existence du fédéralisme dans les trois Fédérations et nous demander si un *modèle fédératif* existe et peut être identifié. À partir de cela, nous tenterons de proposer de nouveaux éléments de définition et une grille d'analyse du fédéralisme.

Une approche et une analyse totales et parfaites de ce concept ne pouvant être possibles, nous avons décidé de limiter celle-ci à l'analyse de trois Fédérations, selon certains angles d'étude. Nous nous interrogerons ainsi sur l'histoire et l'évolution du fédéralisme pour comprendre comment le fédéralisme a été pensé à l'origine de sa

⁸⁴ Voir la définition du modèle à la page 21 de cette introduction.

conceptualisation et comment il a été mis en œuvre dans sa concrétisation *moderne*, selon la conception *originelle*. Ceci permettra de mesurer quels éléments qui en font son fondement se retrouvent aujourd'hui, de manière à proposer une grille d'analyse et définir le fédéralisme. Nous verrons ainsi que l'organisation *moderne* s'est largement distancée du fédéralisme *originel*⁸⁵.

L'analyse du fédéralisme ne pouvant se faire que par une approche associant la théorie et la pratique⁸⁶, nous avons fait reposer celle-ci sur l'étude de textes constitutionnels, fondamentaux et de jurisprudences mais également sur des études scientifiques réalisées par la doctrine anglo-saxonne, lusophone et francophone. C'est parce que nous pensons que l'analyse d'un système doit se faire d'abord de manière dite « *théorique* », c'est-à-dire par l'étude et la compréhension de son organisation ainsi que de sa philosophie, et ensuite de façon « *pratique* », par l'analyse d'exemples pris pour objets d'étude issus de l'expérience, que nous adopterons une analyse prenant en compte le contexte propre à chaque système pour tenter de le comprendre. En effet, l'étude juridique d'un système ne peut se limiter à l'étude du cadre normatif ; Rodolfo Sacco explique dans ce sens que le droit n'est jamais indépendant ni même détaché de tout autre phénomène social⁸⁷. Notre travail se positionne donc entre théorie et méta-théorie.

Une étude des éléments essentiels et structurants de trois systèmes fédératifs (étasunien, canadien et brésilien) sera réalisée sous l'angle de la recherche de points de similitude et de divergence, selon une analyse institutionnelle.

⁸⁵ Nous qualifions de fédéralisme « *originel* » le fédéralisme tel que pensé par Althusius, père du fédéralisme de l'époque moderne. Certains auteurs considèrent que le fédéralisme a été imaginé bien plus tôt, mais le fédéralisme tel que nous l'entendons à l'époque actuelle repose sur le fédéralisme d'Althusius. Ainsi, nous considérons que le fédéralisme althusien, même s'il est parfois vu comme un fédéralisme *moderne*, doit plutôt être perçu comme un fédéralisme *originel*, permettant le passage de la théorie à la pratique. Pour des développements sur les premières formes de fédéralisme voir Louis Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, LGDJ, 1896, pp. 18-56 ; Maurice Croizat, *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, 3^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 12 et s. ; Daniel J. Elazar, « Diversité religieuse et fédéralisme », *Revue internationale des sciences sociales*, 2001, n°1, p. 65.

⁸⁶ Le fédéralisme ne peut être saisi qu'en comprenant sa théorie et sa pratique. Alexandre Marc explique d'ailleurs que : « *même la plupart de ceux qui sont devenus quelque peu perméables aux vérités, économiques, sociales, culturelles, dont le fédéralisme a découvert l'importance prospective, ne manquent pas de se rebiffer lorsque l'on prétend rattacher ces vérités multiples à l'unité d'une " doctrine " philosophique. Pourquoi s'encombrer d'une philosophie, alors que l'on a déjà tant de peine à résoudre les problèmes " pratiques " ? Les gens qui posent cette question, et ils sont légion, méconnaissent le fait que c'est l'union entre la pratique et la théorie qui constitue l'un des atouts maîtres du fédéralisme* ». Alexandre Marc, *De la méthodologie à la dialectique*, Paris, Presses d'Europe, 1970, p. 8.

⁸⁷ Rodolfo Sacco, « Diversity and Uniformity in the Law », *The American Journal of Comparative Law*, n°49, 2001, p. 172.

Suivant une approche évolutive, nous étudierons d'abord les éléments de définition du fédéralisme déjà identifiés dans la conception *originelle* du fédéralisme afin de mesurer leur permanence et leur mise en œuvre dans la conception *moderne* (l'organisation des compétences, la subsidiarité, la souveraineté, le Pacte fédératif). Ces éléments seront étudiés dans chacune des trois Fédérations prises pour objet d'étude auxquels nous ajouterons des éléments structurants du fédéralisme *moderne* (l'organisation des principes de séparation, d'autonomie, de participation et de coopération ainsi que la recherche d'équilibre propre à toute Fédération). Notre étude suivra une approche évolutive selon laquelle les deux parties seront liées par un rapport logique et inductif. En cela, nous étudierons en première partie les premiers éléments structurants du fédéralisme afin d'identifier un modèle. La seconde partie consistera à étudier d'autres éléments structurants de manière à livrer une conclusion sur l'existence d'un modèle. Elle visera également à proposer une définition du fédéralisme par une organisation des éléments structurants au sein d'*outils fédératifs*.

Ainsi, par une étude de l'évolution du fédéralisme d'un point de vue organique et fonctionnel, nous nous attacherons ensuite à étudier l'organisation contemporaine du fédéralisme dans les trois objets d'étude (**première partie**).

Puis, l'étude du fondement de la Fédération fera ressortir l'importance du contrat dans la logique fédérative. L'analyse des solutions adoptées par les trois Fédérations étudiées dans une recherche d'équilibre des forces centrifuges et centripètes tentera de faire émerger le rôle essentiel de la logique dialogique au sein de ces trois systèmes fédératifs (**seconde partie**).

Première partie

Le rejet d'un modèle fédératif par l'absence de cadre commun

Seconde partie

La reconnaissance d'une définition du fédéralisme par l'identification d'*outils fédératifs*

Première partie

Le rejet d'un modèle fédératif par l'absence de cadre commun

Le fédéralisme est généralement identifié comme une logique précise et qui se concrétise par une mise en œuvre : la Fédération. Cela conduit à penser que le fédéralisme serait un *modèle*⁸⁸ qui verrait ses matérialisations quelque peu différer selon les pays pour prendre la forme de « *Fédérations* ». Or, les critères d'identification et de définition du fédéralisme ne sont pas unanimement établis. En effet, les définitions proposées dans les divers manuels et ouvrages ne sont pas toujours identiques et parfois même peu concordantes les unes par rapport aux autres⁸⁹. C'est à ce problème de **définition** du fédéralisme que nous tenterons de proposer une solution en nous interrogeant sur l'existence d'un « *modèle fédératif* » et en établissant une grille de lecture du fédéralisme. Pour répondre à cette question, nous chercherons à identifier ce qu'est le fédéralisme et donc par quels critères d'identification il peut être analysé.

En ce qui concerne les critères d'identification du fédéralisme, nous analyserons les trois Fédérations prises pour objet d'étude. Nous organiserons notre réponse en deux temps : un premier temps sera consacré à une analyse évolutive du fédéralisme et un second temps consistera en une approche systémique des aspects essentiels du fédéralisme.

⁸⁸ Le modèle est entendu dans ce travail comme un ensemble de traits principaux, transposé dans différents États, s'imposant comme étant la référence. Le modèle repose donc sur l'expérience, l'existence *a priori* d'un modèle déjà construit. Voir la définition posée à la page 21 de l'introduction.

⁸⁹ Voir, par exemple, Olivier Beaud, *Théorie de la fédération*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, 456 p. ; Vlad Constantinesco et Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., 2011, Paris, PUF, p. 287 ; Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 25^{ème} édition, Paris Montchrestien, 2011, 806 p. ; Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, 1548 p. ; Jenna Bednar, *The Robust Federation – Principles of Design*, Cambridge University Press, 2009, 242 p. ; Michael Burgess, *Comparative Federalism – Theory and Practice*, Routledge, London, 2006, 357 p.

Le premier temps de notre réponse visera ainsi à étudier le fédéralisme selon sa conception *originelle* puis selon sa conception *moderne*. Cela permettra de considérer l'évolution du fédéralisme depuis sa première véritable conceptualisation par Althusius jusqu'à la mise en œuvre *moderne* du fédéralisme et d'identifier les éléments structurants permanents du fédéralisme⁹⁰. À travers l'analyse de cette évolution, nous verrons quels aspects du fédéralisme *originel* se retrouvent dans le fédéralisme *moderne* pour cerner des premiers éléments de définition afin de les étudier, ensuite. Le fédéralisme *moderne* sera plus précisément analysé selon les formes qu'il a prises dans les trois Fédérations américaines étudiées (**Titre premier**).

Le second temps de notre réponse continuera l'analyse du fédéralisme dans ses mises en œuvres actuelles à travers les études de l'organisation des pouvoirs financiers de chaque entité formant les Fédérations (entité fédérale et entités fédérées). C'est ensuite la question de la subsidiarité qui sera ensuite étudiée par sa mise en œuvre dans les trois Fédérations américaines et sa perception dans chacune d'elles afin de poursuivre l'identification des éléments structurants du fédéralisme (**Titre second**).

Le premier titre de cette première partie aura donc pour objectif de livrer un regard évolutif sur le fédéralisme en étudiant dans un premier chapitre le fédéralisme selon son origine et son évolution actuelle afin de cerner ses éléments structurants et permanents. Le second chapitre proposera, quant à lui, d'étudier l'organisation des compétences législatives des Fédérations canadienne, étasunienne et brésilienne selon une approche organique et une approche fonctionnelle. La répartition des compétences législatives étant un élément premier dans la définition du fédéralisme, elle sera étudiée dès le premier titre selon une approche évolutive.

Le second titre de la première partie visera à étudier des éléments essentiels de la logique fédérative, fortement liés à l'organisation des compétences législatives. Afin de pouvoir constater l'effectivité de cette répartition des compétences, nous étudierons la répartition des compétences financières qui conditionnent l'efficacité et la réalité d'action de chaque ordre de gouvernement. Le premier chapitre consistera donc à comprendre les

⁹⁰ Il convient de préciser qu'une partie de la doctrine dont fait partie Olivier Beaud ne considère pas de lien aussi ténu entre Althusius et le fédéralisme moderne. Voir « La Fédération comme forme politico-juridique », in G. Duso, A. Scalone, (a cura di), *Come pensare il federalismo. Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, Polimetria, International Publishers, Monza, 2010, pp. 19-48.

organisations des finances publiques et donc des pouvoirs financiers de chaque ordre de gouvernement dans les trois Fédérations étudiées. Le pouvoir financier est une conséquence de l'organisation des pouvoirs législatifs et exécutifs de chaque entité de la Fédération car il permet de mettre en œuvre les décisions prises par les États membres et la fédération. Par la suite, la subsidiarité, déjà présente chez Althusius, sera analysée car elle constitue un principe régulateur essentiel dans le fédéralisme, mis en branle afin de compléter et réguler la répartition des compétences législatives et financières, lorsque cela est nécessaire.

Le second chapitre analysera les mises en œuvres respectives de la subsidiarité (conséquence de l'organisation des pouvoirs législatifs et financiers) dans les trois Fédérations américaines et la conception de ce principe dans chacune d'elles.

Les conclusions que nous tirerons de cette première partie permettront d'identifier des premiers éléments de **définition** du fédéralisme.

Titre premier

L'origine et l'évolution du fédéralisme : de la difficile détermination de critères d'identification

Titre second

La conception et l'organisation du fédéralisme : des mises en œuvre variables

Titre premier

L'origine et l'évolution du fédéralisme : de la difficile détermination de critères de définition

Pour comprendre le fédéralisme et identifier ses éléments de **définition**, ce premier titre visera à mettre en lumière et analyser les premiers aspects fondamentaux et structurants de la logique fédérative. Les diverses définitions du fédéralisme empêchent de dégager une définition unanime, nous nous servirons du premier chapitre afin d'isoler les éléments structurants que nous étudierons par la suite. Une analyse évolutive du fédéralisme précèdera une analyse organisationnelle de la répartition des pouvoirs législatifs et exécutifs et des compétences.

Dans cette perspective, un premier chapitre aura pour objectif de déterminer les éléments structurants du fédéralisme qui seront étudiés ensuite en analysant l'évolution du fédéralisme et en constatant la variabilité des conditions de ses mises en œuvre. Ce chapitre proposera de considérer le fédéralisme selon la conception théorique de son premier penseur que fut Althusius. Celui-ci organisa la première véritable forme de fédéralisme dans la société européenne du XVII^{ème} siècle. C'est à partir de cette vision du fédéralisme que va se construire la conception *moderne* du fédéralisme avec la Fédération étasunienne. Ce chapitre mettra ensuite en parallèle la conception « *pratique* » du fédéralisme et analysera sa mise en œuvre *moderne* pour constater les évolutions entre les deux grandes conceptions et identifier les caractères permanents entre celles-ci (**chapitre premier**).

Un second chapitre aura pour but d'analyser un premier élément structurant et de constater les multiples formes de fédéralisme par la variabilité de répartition des compétences législatives entre les trois Fédérations américaines. Ce sont principalement les compétences législatives et exécutives qui seront étudiées ici, tant d'un point de vue organique que d'un point de vue fonctionnel. Ce chapitre aura ainsi pour objectif de mettre en avant les diverses formes de répartition des compétences dans les Fédérations canadienne, étasunienne et brésilienne, de manière à déterminer les aspects similaires dans chaque Fédération et établir des premiers éléments de définition du fédéralisme (**chapitre second**).

Chapitre premier

**Le caractère dynamique du fédéralisme : évolution et variabilité des conditions
d'utilisation**

Chapitre second

Les multiples formes de fédéralisme : une répartition variable des compétences

CHAPITRE PREMIER

LE CARACTÈRE DYNAMIQUE DU FÉDÉRALISME : ÉVOLUTION ET VARIABILITÉ DES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE

Les travaux de la doctrine conduisent à concevoir le fédéralisme comme une forme déterminée d'organisation d'un État. Pourtant, l'expérience comparative montre qu'il est difficile d'identifier une forme particulière du fédéralisme. En effet, l'étude du concept de fédéralisme peine à en donner un cadre fixe. Ce constat est manifeste à la fois d'un point de vue temporel et historique et d'un point de vue géographique. Les formes de fédéralisme adoptées par les États depuis le XVII^{ème} siècle jusqu'à aujourd'hui et les formes adoptées à l'époque contemporaine selon les États sont manifestement variables. Le cas des constitutions « *prêtes-à-adopter* » en est un exemple évident. Les constitutions élaborées par les anciens colonisateurs pour les États accédant à l'indépendance et nécessitant une nouvelle constitution ont dû faire l'objet de nombreuses adaptations pour convenir à l'État d'accueil ou ont conduit à des échecs⁹¹. Les expériences ont montré que, sans travail nécessaire d'adaptation, le cadre défini par la nouvelle constitution ne correspondait pas aux attentes et aux nécessités de l'État accédant à l'indépendance.

Edward Freeman, professeur d'histoire moderne à Oxford a étudié les gouvernements de type fédératif en Grèce et en Italie durant l'Antiquité⁹². Si le résultat de ses recherches n'intéresse pas notre étude, le constat qu'il va en tirer est quant à lui intéressant. En tant que comparatiste et empiriste, sa conception du fédéralisme est un compromis entre la volonté pour un petit État de rester indépendant et celle de se renforcer en intégrant un grand ensemble ayant le statut d'État. Il écrira « *a federal tie harmonizes the two contending principles by reconciling a certain amount of union with a certain amount of*

⁹¹ Exemples : Ouganda, Yougoslavie, Tchécoslovaquie, Libye.

⁹² Edward Freeman, *History of Federal Government in Greece and Italy*, 2^d ed., London, McMillan, 1893, 692 p.

independence »⁹³. Le fédéralisme est donc un mécanisme de compromis entre deux idées politiques opposées : l'autonomie et l'interdépendance.

Si le fédéralisme implique une recherche d'équilibre, les formes et les caractères fondamentaux de celui-ci n'ont pas toujours connu l'organisation *moderne* actuelle. En effet, si des études ont montré qu'il existait des formes d'organisation de type fédératif dans l'Antiquité et que ces sociétés étaient les prémices du fédéralisme⁹⁴, c'est au XVII^{ème} siècle que le fédéralisme va recevoir une véritable définition et va être conceptualisé. Althusius, juriste allemand vivant aux Pays-Bas, réfléchit fondamentalement sur le fédéralisme. Il présente sa théorie du fédéralisme dans un ouvrage célèbre : le Politica Methodice Digesta. Cette conception du fédéralisme va changer avec la création de la Fédération étasunienne qui va apporter une vision quelque peu différente de la Fédération imaginée par Althusius. Nous passerons, alors, d'une conception de la Fédération que nous qualifierons d'*originelle*⁹⁵ à une conception *moderne*, d'une théorie à une pratique.

Ce chapitre a pour objectif de présenter les conceptions du fédéralisme *originel* et ancien (**section 1**) et du fédéralisme *moderne* (**section 2**) pour montrer les différences existant entre les deux et donc l'évolution qui a joué entre les premiers temps du fédéralisme des XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles et la nouvelle conception à partir de la fin du XVIII^{ème} siècle. Ce chapitre conduira à cerner les éléments structurants du fédéralisme. Nous analyserons l'évolution de la conception théorique du fédéralisme pour ensuite comprendre sa pratique. Les points communs entre la conception *originelle* et la conception *moderne* du fédéralisme serviront de points de référence dans la **définition** que nous souhaitons donner au fédéralisme et que nous étudierons dans les développements suivants.

Section 1 Les caractères fondamentaux de la conception althusienne du fédéralisme : le fédéralisme originel

Cette première section vise à cerner la conception *originelle* du fédéralisme chez Althusius pour en déterminer les éléments de **définition**. Elle servira de base d'analyse pour saisir, ensuite et dans une seconde section, la conception *moderne* du fédéralisme.

⁹³ « un lien fédéral permet d'harmoniser les deux principes fondamentaux en conciliant un certain degré d'union avec un certain degré d'indépendance », (traduit par nous), Edward Freeman, *op. cit.*, p. 13.

⁹⁴ Voir par exemple, Louis Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, LGDJ, 1896, pp. 18-56.

⁹⁵ La conception *originelle* du fédéralisme est entendue ici comme une conception première du fédéralisme, telle que définie par les premiers travaux d'Althusius.

Nous avons choisi de considérer Althusius comme premier théoricien du fédéralisme pour deux raisons. La première car de nombreux auteurs font référence à ses travaux (Ronald Watts, Daniel Elazar, John Kincaid, K.C. Wheare, Pierre Joseph Proudhon, Pierre Mesnard, Thomas Hueglin etc.) et soulignent leur importance dans la mise en œuvre du fédéralisme *moderne*. Deuxièmement, en raison de sa vision de la souveraineté qui diffère de celle de Pufendorf car le second pense sa théorie à partir des travaux de Bodin et de Hobbes et donc considère la souveraineté selon la conception de ces auteurs. Althusius ne prend pas en compte l'idée de souveraineté, en tous les cas, telle que nous l'entendons en Europe occidentale continentale⁹⁶. Cela renforce le caractère "*objectif*" de la pensée du fédéralisme car elle n'est pas influencée par des fondements théoriques propres à la vision européenno-continentale.

Althusius fonde une nouvelle organisation de la société sur l'existence de deux éléments essentiels qu'il identifie dans l'esprit du peuple : la *consociatio symbiotica* qui est une forme de société fondée sur une symbiose de ses composantes (§1) et la *communicatio* qui désigne l'échange entre les composantes de la société (§2).

§ 1 La consociatio symbiotica : élément essentiel de l'existence du fédéralisme originel

Althusius étudie un champ de la science qui comprend à la fois la question politique et la question économique. Il prend pour objet d'analyse l'ensemble des groupes humains naturels vivant en communauté organique.

Les hommes, pour satisfaire les besoins d'une vie plus longue et plus socialisée, vont se porter vers la coopération organique. Cela ne sera pas un travail contre nature, puisque l'homme est considéré par Althusius (plus encore que par Aristote) comme un animal social et la vie *symbiotique* lui est donc naturelle. Il écrit pour rendre compte de cela : « *Hominis politici symbiotici finis est sancta, justa, commoda et felix symbiosis et vita nulla re necessaria vel utili indigens. Ad hanc vero vitam vivendam, nemo hominum per se avτα'ρξης, vel sufficiens et satis a natura instructus* »⁹⁷.

⁹⁶ Cela exclut donc les conceptions développées au Royaume-Uni.

⁹⁷ « *Le but de l'homme politique symbiotique est la symbiose vertueuse, juste, bienveillante et heureuse et la vie qui n'a besoin d'aucune chose nécessaire ou utile. Mais pour vivre cette vie, aucun des hommes n'est ni par lui-même autarcique ou suffisant ni par la nature assez pourvu* », (traduit par nous) Johannes Althusius, *Politica Methodice Digesta*, ed. Frederick S. Carney, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 1995, chap. I §3.

Althusius va élaborer une pensée fondée sur la solidarité organique, assez proche de la philosophie de la loi naturelle. Plus précisément, l'idée sur laquelle s'appuie sa pensée et la base de sa théorie est la *consociatio symbiotica*.

La *consociatio symbiotica* (ou communauté symbiotique), qui est l'une des composantes de la Fédération althusienne, a pour principe fondamental la *symbiosis* qui pourrait se définir comme l'union organique des sujets composant la communauté. La *symbiosis* va permettre la transformation des membres de la communauté en *symbiotes* ou *convives*, qui vont participer à la vie commune. Pour expliquer la pensée et la mise en forme de l'organisation imaginée par Althusius, Frederick Carney écrit : « *This communion of right is called the law of association and symbiosis (lex consociationis et symbiosis), or the symbiotic right (jus symbioticum), and consists especially of self-sufficiency (αὐτάρκει'α), good order (εὐ'νομι'α), and proper discipline (εὐ'ταξι'α)* »⁹⁸.

C'est bien la nécessité qui pousse les hommes à former des communautés en corps. Ces corps permettent la vie sociale et la vie en général. C'est sur ce fondement que le fédéralisme va reposer.

La *consociatio symbiotica* est donc une alliance consentie des membres d'une société pour vivre en *symbiose*. Cette condition est nécessaire à la réalisation du fédéralisme et à la base de cette forme d'organisation de la société. Cette alliance doit être issue de la volonté de chaque membre qui ne pourra s'en départir s'il souhaite faire partie de la société qui repose sur la coopération et l'échange permanents. Cette alliance se fonde ainsi sur une idée de contrat passé entre les membres de la société qui s'engagent à respecter ses principes (A) et le respect de l'autonomie des communautés tout en permettant l'aide des autres par l'idée de subsidiarité (B). Ces deux éléments qui sont le contrat et la subsidiarité seront étudiés dans la conception althusienne pour mesurer leur importance dans sa vision du fédéralisme. Nous verrons ensuite si leur existence et leur poids ont la même importance dans le fédéralisme *moderne*.

⁹⁸ « *Cette communion de droit porte le nom de liberté d'association et symbiosis (la loi de consociation et de symbiosis) ou le droit symbiotique et consiste notamment en l'autosuffisance, la bonne organisation et la discipline* » (traduit par nous), Frederick S. Carney, *The Politics of Johannes Althusius*, Eyre & Spottiswoode, London, 1965, p. 14.

A) Le caractère contractuel de la consociation et du fédéralisme

Le terme « *fédéralisme* » provient des mots « *foedus* » qui signifie « *alliance* » et « *fides* » qui désigne la foi jurée, c'est-à-dire la parole qui engage car consentie librement et de manière solennelle. Le fédéralisme est donc sous-tendu par les idées de confiance et d'engagement envers une communauté à laquelle il faut adhérer. Tout à la fois l'acte qu'est l'adhésion et le sens que le terme implique sont fondamentaux dans la construction et la compréhension du fédéralisme.

Pour comprendre cela, il faut tenter de cerner l'origine étymologique du mot « *adhésion* ». Le terme vient du latin « *adhaesio* » et du grec « *aidôs* ». L'*aidôs* désigne un droit réciproque qui s'impose aux membres d'une même tribu⁹⁹. L'*aidesis* est le fait de permettre la participation à l'exercice de ce droit. Le contrat est donc au fondement de la consociation¹⁰⁰. Toutefois, le contrat se matérialise aussi dans la mise en œuvre de la Fédération¹⁰¹.

Althusius fonde la société qu'il élabore sur l'idée de symbiose. La société est communaliste et formée d'associations entre les hommes. Ces associations détiennent la personnalité morale et sont donc des sujets de droit. Les communautés formant la communauté intégrale ont chacune un champ de compétence et d'action selon leur nature. Les communautés familiales, premières et plus petites entités, ont donc un champ d'action restreint. Des associations volontaires sont également créées pour répondre à des besoins sociaux que les communautés ne peuvent satisfaire. Chaque association a ainsi un rôle et une responsabilité limités et peut s'associer à d'autres pour étendre ou compléter son domaine d'action. Sont alors créées les communautés publiques. Les communautés sont libres et s'unissent par libre consentement, dans le but de développer le cadre dans lequel elles souhaitent vivre ensemble. Cette volonté de s'associer aux autres et de construire collectivement la société est la *communicatio*¹⁰². Cela sera la manifestation de la volonté de créer la Fédération.

⁹⁹ Voir Bernard Voyenne, *Histoire de l'idée fédéraliste – Les sources*, Paris, Presses d'Europe, 1976, p. 31.

¹⁰⁰ La *consociatio* (ou consociation, en français) est le terme utilisé par Althusius pour désigner le peuple réuni en un corps, par opposition aux magistrats (gouvernants). Althusius utilise indifféremment les mots *consociatio* ou *consociatio symbiotica* pour parler du peuple ou de l'État. Voir Robert Derathé, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, J. Vrin, 1995, p. 97.

¹⁰¹ Voir le chapitre premier du titre premier de la seconde partie.

¹⁰² Johannes Althusius, *Politica Methodice Digesta*, ed. Frederick S. Carney, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 1995, chap. I §7 ; voir Carl J. Friedrich, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, London, Pall Mall Press, 1968, p. 12.

La société se fonde véritablement sur l'idée de contrat, nous l'avons vu. Toutefois, le contrat ne doit pas être entendu ici comme un acte juridique à proprement parler ; il signifie un échange de volontés, des engagements réciproques entre les communautés et les membres de celles-ci, pour se diriger ensemble vers le but commun qu'ils se sont fixés. Pour comprendre cela, il convient de s'arrêter un instant sur la structure de la Fédération. Celle-ci s'organise sur deux axes. D'abord, de manière horizontale, puis verticale dans un sens ascendant de la base vers le sommet. La construction de la communauté se fait par la coopération entre les membres et son développement est possible par le « *sacrement* » social¹⁰³ conféré par ceux-ci, grâce à l'échange d'engagements et de confiance. Pour comprendre l'importance de l'idée de contrat qui sous-tend le fédéralisme et sa présence dans l'organisation des rapports au sein de la société, il s'agira de décrire les strates de la société imaginée par Althusius.

Dans le système imaginé par Althusius, il existe deux types de magistrats : les éphores et le *Summus magistratus*¹⁰⁴. Il explique : « *les éphores sont ceux à qui le consentement du peuple constitué en corps politiques a confié l'ensemble de la République ou de la communauté intégrale, pour la représenter, exercer son pouvoir et son droit de l'érection du magistrat suprême, pour l'assister de leur aide et de leur conseil dans les affaires de la communauté...* »¹⁰⁵.

Les éphores représentent la plus haute autorité de l'État. Néanmoins, ils sont inférieurs au magistrat suprême. Ils sont les représentants du peuple et les gardiens de la constitution. Le magistrat suprême détient le pouvoir exécutif, mais ne fait qu'exercer les droits qui en découlent car ils appartiennent à la communauté tout entière. L'exercice de ces droits se fait par délégation et selon ce que le peuple a décidé de lui accorder. Althusius explique que « *c'est le magistrat qui s'engage vis-à-vis de la communauté intégrale à administrer l'État ou la république selon les lois prescrites par Dieu, la droite raison et l'État lui-même* »¹⁰⁶. Il existe donc bien là encore une idée de contrat, passé entre la communauté et

¹⁰³ Bernard Voyenne, *ibidem*.

¹⁰⁴ Expression que l'on propose de traduire par « *magistrat suprême* ».

¹⁰⁵ Johannes Althusius, *op.cit.*, chap. XVIII §48.

¹⁰⁶ Johannes Althusius, *idem*, chap. XIX § 7.

le magistrat suprême. L'idée de contrat se manifeste même de deux façons. Il existerait un double contrat. Le premier consisterait à accepter de représenter la communauté et le second aurait trait à l'administration de la communauté en exerçant les droits appartenant à celle-ci et qu'elle a consenti à laisser au magistrat suprême. Althusius envisage la thèse de la dualité des pouvoirs et considère que la communauté est supérieure à ses représentants. Ainsi, le collège municipal ou la compagnie est supérieur au maire ou au président, les États sont supérieurs au comte et le Sénat est supérieur au *Summus magistratus*¹⁰⁷. Il existe donc un contrat, un pacte réciproque entre le *Summus magistratus* qui est vu comme un mandataire et la communauté intégrale qui serait le mandant. Pierre Mesnard considère ainsi qu' « *il y a donc à la source de la puissance suprême un contrat bilatéral, mais suivant le schéma habituel à Althusius, où la réciprocité apparente laisse toujours la supériorité de droit du corps sur son organe, à l'État sur son ministre* »¹⁰⁸. Cependant, s'il existe un magistrat suprême, il n'est pas pour autant hiérarchiquement supérieur aux membres de la communauté car il est redevable devant eux et peut être révoqué.

De manière à illustrer notre propos, il convient de prendre l'exemple des éphores, autorité chargée de veiller à l'organisation des provinces, une des sphères de division de l'État. L'appartenance des provinces à la communauté intégrale est permise par le fait que les éphores sont la plupart du temps les responsables des provinces. Ils peuvent ainsi faire le lien entre leur province et le niveau national. Ils ont donc un double office : provincial et national. Ils sont surveillés par le *Summus magistratus* qui exerce sur eux un contrôle. Les éphores examinant les actes du magistrat suprême et veillant à leur conformité, il existe ainsi un contrôle réciproque des uns sur l'autre, ce qu'Althusius appelle une « *censure et surveillance mutuelle* »¹⁰⁹. Avec Pierre Mesnard, nous considérons que cela a un double avantage : la stabilité de la constitution et du régime et une garantie de participation des provinces à l'État.

Le contrat est donc fondamentalement présent dans l'idée fédérative d'Althusius et se manifeste de diverses façons et à tous les niveaux. Il est essentiel dans la formation et

¹⁰⁷ Voir la section 2 pour une définition de ces entités.

¹⁰⁸ Pierre Mesnard, *L'essor de la philosophie politique au XVIème siècle*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1951, p. 602.

¹⁰⁹ Johannes Althusius, *idem*, chap. XVIII § 91.

l'organisation de la communauté symbiotique¹¹⁰. Ce contrat donne à chaque « *partie* » un statut égal puisque aucune hiérarchie n'est admise.

B) La subsidiarité en tant que principe essentiel du fédéralisme

Le terme « *subsidiarité* » n'est véritablement apparu qu'au XIX^{ème} siècle dans la doctrine catholique¹¹¹. Il était employé pour désigner un principe d'autonomie des communautés familiales et de l'Église en tant que pouvoirs intermédiaires à l'intérieur de l'État. Otto Von Gierke explique que si l'État est le niveau le plus élevé et détient de nombreuses fonctions et de nombreux pouvoirs, il existe une frontière qu'il ne peut franchir¹¹² entre lui et les communautés formant la communauté intégrale.

Althusius, dans ses développements sur les principes généraux politiques du fédéralisme, se réfère à la *subsidia vitae*. Cela désigne les « *besoins de la vie* » qui ne peuvent exister que par l'aide, la solidarité et le partage. Le fédéralisme d'Althusius implique plusieurs niveaux de gouvernement à l'intérieur de la communauté intégrale. Chaque niveau est constitué sur la base du consentement et de la solidarité du niveau inférieur. Toutefois, la subsidiarité, telle que pensée par Althusius, ne se limite pas à une simple solidarité dans un sens social, mais plutôt en une relation complexe de tension entre autonomie et solidarité dans un système à plusieurs niveaux. Sans développer davantage le concept de subsidiarité qui fera l'objet d'une étude plus complète plus loin dans ce travail¹¹³, il convient d'indiquer que la subsidiarité, telle qu'entendue par Althusius, n'est pas un simple modèle de répartition des pouvoirs, mais plutôt un principe général pour une répartition des compétences adéquate et efficace au niveau du gouvernement approprié. Rocco Buttiglione voit ainsi la subsidiarité comme une « *modalité de la solidarité* »¹¹⁴.

Si le concept de « *subsidiarité* » date du XIX^{ème} siècle, l'idée est bien plus ancienne et remonte à Aristote, dont s'est largement inspiré Althusius. En effet, Althusius

¹¹⁰ La communauté symbiotique ou la consociation désignent le corps représentant le peuple.

¹¹¹ Thomas Hueglin, *Early Modern Concepts for a Late Modern World*, Waterloo, Wilfrid Laurier University Press, 1999, p. 152.

¹¹² Otto von Gierke, *The Development of the Political Theory*, New York, Howard Fertig Inc. Edition, 1966, p. 266.

¹¹³ Voir le chapitre second du titre second de la première partie de ce travail qui tentera de définir les conceptions étasunienne, canadienne, brésilienne et européenne de la subsidiarité.

¹¹⁴ Rocco Buttiglione, « Eine Philosophische Interpretation des sozialethischen Prinzips des Subsidiarität », in Alois Riklin and Gerard Batliner, *Subsidiarität*, Baden-Baden, Nomos, 1994, p. 49, cité par Thomas Hueglin, *op.cit.*, p. 153.

s'est profondément référé à Aristote pour bâtir sa conception du fédéralisme. Il prend pour *modèle* et comme exemple la cité grecque. Pour le philosophe grec, l'État est la création d'un peuple qui a le souhait et la conscience de former une nouvelle entité distincte. Le peuple doit détenir la capacité de créer cette nouvelle entité et également avoir la volonté de devenir une communauté. Pour cela, il doit détenir l'*autarkia*, c'est-à-dire la capacité de vivre et de s'organiser seul¹¹⁵. Il consacre une partie de ses réflexions concernant le fédéralisme sur la question de l'autonomie. Pour lui, le fédéralisme repose sur l'idée d'autonomie, alliée à celle de solidarité. Cependant, elle ne se détache pas du principe de subsidiarité. Les deux sont même liés puisque la subsidiarité conditionne l'autonomie. Cette dernière permet de former et de garantir le lien fédératif des entités constituantes. En effet, les communautés ont décidé de s'associer par leur liberté de décider et n'ont pas été poussées par une force extérieure. Alors, l'autonomie est une composante de l'idée de subsidiarité¹¹⁶ permettant d'agir dans les matières relevant de sa compétence, sauf en cas d'incapacité. En Grèce et plus particulièrement à l'époque de la supériorité militaire de Sparte, s'il existait une certaine unité des villes du Péloponnèse du fait d'une entente politique, permettant notamment l'existence d'une armée fédérale, chaque ville conservait son autonomie et restait souveraine sur son territoire.

Selon le principe de subsidiarité, les communautés de plus grande compétence ne doivent substituer leur action à celle des communautés primaires, c'est-à-dire les familles et les compagnies, qu'en cas de défaillance et à titre subsidiaire. En reprenant Aristote, Althusius accorde une importance primordiale à l'accord des membres de la communauté et à l'origine populaire du pouvoir dans la cité.

La subsidiarité est donc une composante fondamentale de l'idée du fédéralisme tel qu'entendu par Althusius. Elle est un élément essentiel à son existence et fortement liée à l'autonomie, notion elle-même constitutive de l'idée de fédéralisme¹¹⁷.

¹¹⁵ Aristote, *La Politique*, I §2, III §9, VII §8.

¹¹⁶ Voir le chapitre second du titre second de la première partie de ce travail.

¹¹⁷ La subsidiarité dans la conception *moderne* du fédéralisme fera l'objet d'une analyse au chapitre second du titre second de la première partie.

§ 2 *La composition de la société : la nécessaire communicatio*

La théorie politique d'Althusius est caractérisée par une relation dialectique entre l'unité et la pluralité. C'est sur cette base que va se construire la conception première et ancienne du fédéralisme. Après la manifestation de volonté de ralliement à la *consociatio symbiotica*¹¹⁸, la concrétisation de l'appartenance se réalise par la rédaction d'un pacte. Ce pacte exprime la volonté de vivre en commun des symbiotes et leur participation à cette communauté. Il résulte du *Politica Methodice Digesta* que cette volonté est exprimée par divers vocables¹¹⁹ : *communio*, *consociatio*, *communicatio* ou *mutua communicatio*¹²⁰. La *communicatio* peut être définie comme « la mise en commun, la circulation de la vie sociale entre les symbiotes, ce que Durkheim appelle la “densité sociale” »¹²¹. Elle a donc un véritable caractère social. Selon Pierre Mesnard, la *communicatio* peut avoir deux figures selon le point de vue que l'on adopte pour l'appréhender. Si l'on décide de regarder depuis le sommet du groupe, la *communicatio* est vue comme la création d'une société organisée autour de volontés communes et l'intégration progressive à cette société de nouveaux acteurs. En revanche, du point de vue de la base et donc de l'individu, la *communicatio* est perçue comme la participation des membres à la communauté.

Il est possible de considérer que la *communicatio* est composée de trois éléments. Le premier est la *communicatio rerum* (chose commune) qui concerne les biens nécessaires à la vie sociale et les ressources, mis en commun. Le deuxième est la *communicatio operarum* (l'activité commune) qui se rapporte à la participation des membres de la communauté à l'intérêt commun par leur travail. Cela vise l'organisation du travail par la répartition des activités et des rôles en fonction des capacités offertes par chaque individu. Enfin, le troisième élément est la *communicatio juris* (le droit commun, de la communauté) qui organise et encadre la société mise en place par des règles, toujours fondées sur la coopération et la communauté des intérêts¹²². Ainsi, chaque communauté est organisée de la manière dont elle le souhaite, établissant des normes ou des principes

¹¹⁸ Corps représentant le peuple.

¹¹⁹ Bernard Voyenne, *Histoire de l'idée fédéraliste – Les sources*, vol. 1, Paris, Presses d'Europe, 1976, p. 107.

¹²⁰ Johannes Althusius, *Politica Methodice Digesta*, ed. Frederick S. Carney, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 1995, chapitre I §6 ; I §7 ; I §8 ; I §9 ; I §10.

¹²¹ Pierre Mesnard, *L'essor de la philosophie politique au XVIème siècle*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1951, p. 579.

¹²² Johannes Althusius, *idem*, chap. I §8 à 10.

propres. Chaque groupe est composé d'autres groupes intégrés à son système et ordonne comme il le souhaite son organisation administrative, morale, religieuse... Il ressort du Politica Methodice Digesta que « *la communicatio [est] plus étendue ou plus restreinte suivant les exigences naturelles de chaque communauté et suivant les conventions ou les constitutions édifiées par les convives* »¹²³. La *communicatio* est ainsi adaptée au contexte de chaque Fédération et représente ainsi le caractère adaptable de toute entité fédérative.

La notion de *communicatio* ainsi définie, il convient d'apporter des précisions sur l'organisation de ces communautés pour comprendre l'organisation à l'intérieur de chaque communauté afin de mesurer l'idée fédérative. Il ne s'agit en aucun cas de communautés sans pouvoir et sans cadre organisé. Il existe des gouvernants qui organisent la communauté et pour lesquels le respect des règles prises et l'obéissance sont nécessaires pour le bien-être et la cohésion de cette dernière. Il est possible de voir deux grands ensembles composant la société : le premier comprenant les communautés primaires, locales et régionales que sont les communautés simples et les communautés mixtes (A), et le second désignant la sphère nationale, représentée par l'État (B). L'étude de ces deux ensembles formant la société imaginée par Althusius permettra de comprendre comment la société fédérative était organisée et composée. Cette organisation permettra de saisir les rapports et les relations entre les membres et les groupes de la société afin de déterminer les éléments fondant le fédéralisme *originel*. De plus, l'analyse de ces deux ensembles permettra de mieux comprendre les deux ordres existant dans les Fédérations *modernes* et leur importance ainsi que leurs rapports à l'époque originelle tout comme à l'époque *moderne*.

A) La coexistence symbiotique de communautés simples et de communautés mixtes

Pour Althusius, la société n'est pas composée d'individus isolés les uns des autres, mais de personnes morales, regroupant des individus et permettant de créer et de mettre en place des droits collectifs. La *communicatio*, malgré la symbiose qu'elle doit impliquer, ne rejette absolument pas la différence et la variété. Ainsi, chaque groupe peut-il s'organiser comme il l'entend et avec les gouvernants qu'il choisit. Otto von Gierke expliquera à ce propos que « *pour chaque mode de groupement, il cherche à déterminer d'abord la*

¹²³ Johannes Althusius, *idem*, chap. I §21.

sphère de la communication, dont le sujet est toujours l'ensemble des associés, - après quoi il étudie le gouvernement de chacun des groupements à l'aide de représentants et d'un chef»¹²⁴.

Althusius divise les communautés en deux catégories que sont les communautés simples ou privées et les communautés mixtes ou publiques. À l'intérieur de ces communautés, il existe des communautés plus petites, dites « *restreintes* » dont l'importance au sein des différents organismes est très grande. Ces communautés regroupent un grand nombre d'individus qui ont donné leur accord pour intégrer le groupe (qu'Althusius nomme *consensio*, *mutua confederatio*, *conspiratio* ou *concordia*) ce qui confère une grande cohérence au groupe.

Les premières communautés sont les communautés simples et privées (1), s'organisant autour de la famille et à un degré supérieur, de la compagnie. Les secondes sont les communautés mixtes, comprenant les échelons d'organisation supérieurs (2).

1) Les communautés simples ou privées

À l'intérieur des communautés simples, il existe deux catégories de communautés¹²⁵ : la famille (a), qui est un organisme naturel et essentiel et le collège ou la compagnie (b), qui est un groupement civil et d'adhésion volontaire.

a) La famille

La famille est le groupe premier et essentiel. C'est une cellule naturelle. Elle est l'image même de la société puisqu'elle constitue une cellule autonome et organisée, dans laquelle chacun a un rôle déterminé. Elle est donc la base, le socle de la société. La famille s'organise autour des liens du sang et des besoins et a pour objectif de réaliser un but commun. La famille comprend deux types de missions. L'une est politique et concerne l'organisation de la vie familiale. L'autre est économique et se rapporte à la gestion des affaires familiales. L'importance du caractère économique de la famille, par la division du travail et la répartition des tâches a une portée essentielle dans la conception de la société

¹²⁴ Otto von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Ed. 2, Ausgabe, Breslau, 1902, p. 21 cité par Pierre Mesnard, *op. cit.*, p. 581.

¹²⁵ Bernard Voyenne, *Histoire de l'idée fédéraliste – Les sources*, vol. 1, Paris, Presses d'Europe, 1976, p. 106.

qui, elle aussi, s'organise autour de la répartition et la division du travail. Le caractère économique de la famille est aussi fondamental pour sa prospérité et partant de là pour celle de la société.

Au-delà de la famille, les individus s'organisent en collèges ou compagnies.

b) La compagnie

La compagnie est appelée par Althusius, *collegium* ou *consociatio collegarum*. Elle est le résultat de la volonté des individus de créer une cellule nouvelle et non naturelle. Elle est donc le fruit de la volonté collective. Elle est composée de compagnons ou d'associés sous la direction d'un supérieur hiérarchique qui administre les biens et en est représentant. Les compagnons sont les personnes à qui s'appliquent les règles de la compagnie, qui les acceptent et qui exercent les droits qui en découlent¹²⁶. Les biens détenus par la compagnie sont acquis par elle grâce à son budget corporatif, alimentés par diverses sortes de participations comme les dons ou les cotisations.

La compagnie détient la personnalité morale et exerce un pouvoir de juridiction envers ses membres. Cela résulte de l'accord volontaire et des obligations que celui-ci a créées. Elle est commandée par un chef, appelé *princeps*, *superior* ou *praefectus* qui est chargé d'administrer les biens de la compagnie et de la représenter, même si la règle s'appliquant pour la prise de décision est la majorité. Les biens dont elle dispose sont composés de dons, de cotisations et d'usufruits.

Au-delà de ces communautés privées, existent aussi des communautés dites « *mixtes* », c'est-à-dire publiques qui représentent des communautés plus larges et qui ont un véritable rôle politique.

2) Les communautés mixtes, les corps politiques

À un niveau supérieur des communautés privées, la société selon la conception d'Althusius va être composée de communautés mixtes ou publiques qui vont prendre la forme de communes ou de cités (a) et ensuite de provinces (b).

¹²⁶ Johannes Althusius, *Politica Methodice Digesta*, ed. Frederick S. Carney, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 1995, chap. IV §22.

a) La commune et la cité

Les communautés publiques sont créées par les communautés privées. Althusius explique que « *La communauté publique est formée par la coalescence de plusieurs communautés privées en politeuma. On peut l'appeler universitas* »¹²⁷. Althusius définit l'*universitas* comme une corporation, c'est-à-dire « *une communauté formée par la coalescence sous certaines lois de plusieurs ménages ou compagnies résidant dans le même pays. On l'appelle cité ou corps groupant plusieurs communautés diverses* »¹²⁸. Cela correspond donc à une entité composée de plusieurs corps, délimitée par un territoire et à laquelle s'appliquent des règles qui lui sont propres. Raymond Saleilles la définira comme « *un groupement organisé et unifié [...] une unité patrimoniale gérée dans l'intérêt de la collectivité* »¹²⁹. Elle se distingue de la *societas* contractuelle qui n'est qu'un rapport de droit sans effet à l'égard des tiers, alors que l'*universitas* est un sujet de droit¹³⁰.

Pour bien saisir la conception communautaire de cette organisation, il est important de comprendre que ce ne sont pas les individus qui composent la communauté civique, mais bien les communautés elles-mêmes¹³¹. La société n'est pas constituée de personnes mais de communautés, évinçant toute vision individualiste. Cette idée communautaire se retrouvera également au fondement du fédéralisme *moderne*.

L'*universitas* est régie par un principe organisant la vie de la communauté, appelé politeuma, qui pourrait se définir, comme « *le droit pour les membres de ces communautés publiques de posséder et d'administrer en commun les choses utiles et nécessaires à sa conservation et à son développement* »¹³². Les membres de l'*universitas* sont appelés « *citoyens* » et sont des symbiotes ayant participé à la vie de la communauté, d'abord dans la cellule première qu'est la famille ou la compagnie. Le citoyen est entendu comme « *celui qui exerce pleinement son droit de cité et jouit de tous les avantages et privilèges du lieu dont il est citoyen, reconnaît l'autorité et les lois de la communauté* »¹³³.

¹²⁷ Johannes Althusius, *op. cit.*, chap. V §1.

¹²⁸ Johannes Althusius, *idem.*, chap. V §8.

¹²⁹ Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique* (1910), Paris, La mémoire du droit, 2003, p. 78

¹³⁰ Voir Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 1909, T. I, pp. 152-154-156 note 3.

¹³¹ Bernard Voyenne, *Histoire de l'idée fédéraliste – Les sources*, vol. 1, Paris, Presses d'Europe, 1976, p. 106.

¹³² Johannes Althusius, *idem*, chap. V §12.

¹³³ Johannes Althusius, *idem*, chap. V §4.

À côté de la commune, la cité détient également un rôle et un statut importants. La cité est régie par un droit propre et autonome et se voit administrée par des individus élus. Elle n'est donc pas dépendante des lois provinciales et impériales. Elle peut également avoir son propre système fiscal tout en gardant les revenus de ses impositions. La commune est dirigée par plusieurs magistrats choisis par les citoyens qui ont pour fonction de la gouverner et de la représenter vis-à-vis des autres communautés. Tout comme ils ont été élus, ils peuvent être révoqués par les citoyens. Les magistrats chargés de gouverner la commune, en tant qu'autorité ont un statut supérieur à chacun des membres, mais inférieur à l'ensemble de la communauté.

La cité a, quant à elle, un mode d'organisation quelque peu différent. L'autorité est composée du maire, chef, préfet, recteur ou consul et d'adjoints ainsi que de sénateurs, formant le conseil municipal ou le Sénat. C'est une assemblée représentative des membres, les actes qu'elle prend sont nommés décrets et ont force de loi lorsqu'ils concernent des matières précises. Néanmoins, quand les matières sont d'importance supérieure, les lois sont approuvées par l'assemblée des citoyens¹³⁴.

Les liens juridiques entre les citoyens et les magistrats sont concrétisés par un serment de fidélité engageant l'ensemble des individus et obligeant au respect des lois de la communauté.

Selon Pierre Mesnard, la cité « *possède de par son autonomie symbiotique une communicatio juris plus ou moins étendue suivant la catégorie à laquelle elle appartient, pouvant aller jusqu'à la quasi-indépendance politique des villes libres* »¹³⁵.

Les communes et les cités sont donc les premières formes d'organisation politiques, existant par les rapports organisés des communautés privées. Elles permettent un premier stade de vie véritablement communautaire par la mise en commun de biens et l'organisation de rapports entre plus petites communautés.

¹³⁴ Voir Johannes Althusius, *idem*, chap. V §49 à 64.

¹³⁵ Pierre Mesnard, *L'essor de la philosophie politique au XVIème siècle*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1951, p. 587-588.

b) La province

La province est formée de plusieurs groupements issus des communautés privées, telles les familles, les compagnies et les communes. Le fonctionnement de la province est coordonné à celui d'autres provinces, de manière à former un ensemble cohérent et en harmonie, appelé *République*. La province coordonne les règles s'appliquant dans les entités la composant, à quelque niveau que ce soit, c'est-à-dire politique, économique, social et ecclésiastique.

Cette coordination n'abolit aucunement les particularités et les différences. La province se compose, par exemple, de plusieurs États ecclésiastiques et séculiers, comprenant chacun des ordres variables. Otto von Gierke explique pour cela que « *chaque ordre forme par une délégation de députés un collège représentatif qui doit se charger de gérer ses intérêts propres et qui, de concert avec les autres collèges, doit examiner les affaires générales dans les sessions de la diète plénière* »¹³⁶.

L'autorité de la province est le *Praeses provinciae* ou comte, qui est l'équivalent du Sénat dans la cité ou du Prince au sein de l'État¹³⁷. Son pouvoir est très large puisqu'il est responsable de la chose publique, de la défense du pays, de l'équilibre économique, de l'éducation et qu'il nomme les titulaires de fonctions laïques et ecclésiastiques. Lors de circonstances graves, il peut réunir les États, présider le conseil *ad hoc* et rendre des décisions qui ont force de loi¹³⁸. Il reste néanmoins responsable devant les États qui peuvent le destituer si ceux-ci estiment que celui-ci n'a pas respecté ses obligations.

Althusius décompose donc la société en communautés qui ont une taille croissante et des natures tant privées que publiques. Chaque communauté est dotée de compétences tant pour créer une harmonie dans la société et dans les communautés qui la composent, que pour favoriser la cohérence de celles dont elles font partie, puisque chaque communauté est une composante d'une autre. Au-dessus des communautés privées et mixtes organisant

¹³⁶ Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Breslau, 1881, p. 25, cité par Pierre Mesnard, *op. cit.*, p. 590.

¹³⁷ Voir Johannes Althusius, *Politica Methodice Digesta*, ed. Frederick S. Carney, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 1995, chap. VI §52.

¹³⁸ Johannes Althusius, *op. cit.*, chap. VIII §65.

la société althusienne se trouve la dernière sphère composant la Fédération : l'État au sens du droit international.

B) L'État, cadre d'organisation supérieur

Aucune forme politique n'est définie par Althusius dans sa conception de l'État. La plupart des régimes sont donc permis, comme la monarchie, la polyarchie, la démocratie ou l'aristocratie. Il convient néanmoins de souligner que la monarchie de droit divin et l'anarchie en sont exclues. L'État se caractérise donc par l'existence d'une communauté symbiotique intégrale (1), fondée sur un contrat (2) et créant un État qui gèrent les affaires religieuses (3).

1) La communauté symbiotique intégrale

L'État selon Althusius est vu comme la communauté symbiotique intégrale, publique et supérieure, c'est-à-dire l'ensemble unissant les diverses communautés composées par le peuple. Il doit être compris, par rapport à la province qui est une communauté également publique, mais particulière et hiérarchiquement inférieure¹³⁹. L'État doit être entendu comme une entité sociale, organisée, coordonnée et en harmonie. Il se compose de plusieurs organismes politiques que sont les cités, les provinces et les régions. Il est dénommé par Althusius *regnum*, *major consociatio*, *consociatio symbiotica universalis* ou bien *respublica*. La communauté formée par cet ensemble qu'est l'État est liée par un accord d'appartenance et de loyauté aux principes fondamentaux que sont la symbiose et la communication des biens, dans une logique de communauté. Althusius écrit que « *le lien social entre les membres de ce corps politique est l'accord (consensus) et la foi jurée entre les parties. [c'est-à-dire] la promesse tacite ou expresse d'une communication des biens et des services, d'aide, de conseil, dans le droit commun requis pour l'utilité et les besoins de la vie sociale intégrale dans l'État* »¹⁴⁰. Les particularismes et les différences sont donc respectés et nullement écartés¹⁴¹. La logique d'harmonie existante ne conduit pas à une élimination des particularités de chacun. Seuls des principes essentiels, ainsi que des intérêts communs sont déterminés pour garantir une véritable communauté symbiotique.

¹³⁹ Pierre Mesnard, *idem*, p. 594.

¹⁴⁰ Johannes Althusius, *idem*, chap. IX §7.

¹⁴¹ Bernard Vuyenne, *Histoire de l'idée fédéraliste – Les sources*, vol. 1, Paris, Presses d'Europe, 1976, p. 108.

L'État va établir la coopération entre les entités composantes et fédérées. Pour permettre l'harmonie et la coexistence mais surtout l'existence de l'État au niveau international, le droit qui va en émaner sera supérieur aux droits des communautés existantes, publiques ou privées. Mais le droit issu de l'État intègre les besoins des citoyens et a pour but de permettre leurs réalisations car il existe pour organiser les rapports entre les communautés.

Le concept de nation va apparaître pour la première fois « *intimement lié à celui d'autarchie* »¹⁴², désignant le fort sentiment d'appartenance à une communauté aussi large soit-elle, même à l'échelle d'un État. Althusius explique ceci en écrivant que « *membra regni inter se tanquam unus populus in unum corpus sub uno capite consociuntur et devinciuntur* »¹⁴³.

La nouvelle sphère juridique créée par l'État permet d'unifier les multiples communautés tout en respectant leurs règles, mais à l'intérieur d'un « *droit d'État* ». Ce droit d'État est aussi appelé « *droit de majesté, c'est-à-dire d'importance et de pouvoir supérieur au droit déjà reconnu à la cité ou à la province* »¹⁴⁴. L'unité est donc permise par la reconnaissance d'un droit étatique supérieur aux autres communautés.

Pour Althusius, l'État est le produit des forces de la société qui s'associent pour le former. Le pouvoir est ascendant et subordonné aux communautés qui le composent. Cela sera l'idée fondatrice du fédéralisme. Cette association des forces se matérialise par le contrat qui va être le fondement de la Fédération imaginée par Althusius.

2) L'importance fondamentale du contrat

Le contrat est le fondement de la formation de la Fédération imaginée par Althusius¹⁴⁵. Il existe un contrat bilatéral entre la communauté intégrale et le magistrat suprême. Ce contrat est un pacte réciproque faisant du magistrat suprême un mandataire de la communauté. Althusius écrit que « *comme dans tout mandat, la première obligation est celle du mandataire. C'est le magistrat qui s'engage vis-à-vis de la communauté intégrale à administrer l'État ou la république selon les lois prescrites par Dieu, la droite raison et*

¹⁴² Pierre Mesnard, *idem*, p. 595.

¹⁴³ « *Les organes du pouvoir sont associés et liés entre eux, comme un seul peuple, dans un seul corps, sous une seule tête* », Johannes Althusius, *idem*, chap. IX §12.

¹⁴⁴ Johannes Althusius, *idem*, chap. IX §13.

¹⁴⁵ Carl J. Friedrich, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, London, Pall Mall Press, 1968, p. 12.

l'État lui-même »¹⁴⁶. Il ressort de cela que ce contrat se divise en deux parties que sont l'élection du magistrat suprême et son serment d'obéissance. La première comprend donc l'élection qui prend la forme d'une inauguration solennelle. L'élection est indirecte puisqu'elle est faite par les éphores, au nom du peuple. Le vainqueur doit prêter serment et promettre de respecter les lois fondamentales de l'État, ainsi que tout autre *stipulatio* que le collège des éphores souhaite ajouter. La seconde partie du contrat est caractérisée par le serment d'obéissance des sujets envers le magistrat suprême. Cette seconde partie est donc l'engagement de l'autre partie au contrat, représentée par les éphores, à obéir au souverain dans les limites fixées. Le dépassement de ces limites par le magistrat suprême délivrera les éphores de leurs obligations.

Le contrat fonde les relations entre les diverses communautés et avec leurs représentants. Le contrat est donc un élément structurant et fondamental dans le fédéralisme. Il convient de signaler que le contrat est également souvent présent dans la plupart des niveaux de la société et a une importance capitale dans l'esprit de la Fédération créée par Althusius. Cependant, l'une de ses missions les plus importantes, si ce n'est la plus essentielle est la question religieuse.

3) Les affaires religieuses, compétences essentielles de l'État

Le caractère supérieur de l'État s'exprime notamment dans les domaines spirituel et temporel¹⁴⁷. Cette supériorité concerne la gestion des affaires religieuses et pas la religion elle-même. En effet, l'État reconnaît officiellement sa soumission à Dieu et au christianisme. Il est donc en charge de l'administration religieuse et cette mission doit faire partie des missions de la puissance publique. Le magistrat suprême, représentant l'État est ainsi le supérieur hiérarchique du clergé. Le contrôle de l'État sur les affaires religieuses est tel qu'il est compétent pour véritablement gérer la religion en profondeur puisqu'il a la compétence pour décider de la ligne à suivre en ce qui concerne le contenu du message religieux, l'organisation de ses manifestations et les règles que la religion prodigue. Pierre Mesnard écrit pour illustrer cela en opérant un jugement critique que

¹⁴⁶ Johannes Althusius, *idem*, XIX §7.

¹⁴⁷ Voir Johannes Althusius, *Politica Methodice Digesta*, ed. Frederick S. Carney, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 1995, chap. IX et XXVIII.

« cette gestion n'est pas loin de tourner à la confiscation intégrale, puisque l'autorité séculière réglemente[ra] la doctrine, le culte et les mœurs des fidèles »¹⁴⁸.

Althusius a donc construit sa conception du fédéralisme sur des éléments essentiels comme l'association de communautés dans un ensemble fondé sur un vouloir vivre ensemble, sur une alliance consentie par un échange des volontés qui seront le fondement contractuel de l'organisation et de *l'esprit* du fédéralisme. C'est sur une logique ascendante que repose le fédéralisme *originel*. Il ajoute à cela les notions de subsidiarité, d'autonomie et de solidarité qui fonderont également le fédéralisme tel qu'imaginé par le juriste allemand. Ces éléments se retrouveront ensuite dans la conception *moderne* du fédéralisme, c'est-à-dire la conception imaginée par les Pères fondateurs étasuniens¹⁴⁹.

Cette première section aura donc eu pour objectif de présenter la théorie fédérative d'Althusius et d'analyser les éléments constitutifs et primordiaux de la Fédération telle que celui-ci l'a créée. Ces éléments constitutifs sont le caractère contractuel de la Fédération, la répartition des compétences (en l'occurrence, du pouvoir dévolu à chaque groupe et institution composant la Fédération) et la subsidiarité. Cette section a permis de comprendre comment le fédéralisme *originel* est défini, de manière à mesurer, par la suite, les points communs et les différences qui existent avec la définition du fédéralisme *moderne*. Johannes Althusius aura été le premier à théoriser le fédéralisme en s'inspirant des communautés et des organisations communautaires grecques. C'est donc à partir de lui que le fédéralisme *moderne* va ensuite être théorisé puis mis en pratique par les *Pères fondateurs* étasuniens.

Cette conception *originelle* et théorique du fédéralisme va ensuite évoluer vers une conception *moderne* et pratique, qui va se différencier de la première en présentant des éléments distincts, notamment du fait de l'adaptation aux conditions nouvelles, qu'elles soient bien évidemment historiques, culturelles, politiques et économiques, ethniques voire parfois religieuses. C'est à partir de la fin du XVIII^{ème} siècle que va naître la conception *moderne* du fédéralisme, avec la création de la Fédération étasunienne.

¹⁴⁸ Pierre Mesnard, *idem*, p. 597.

¹⁴⁹ Alexander Hamilton, John Jay, George Madison, *Le Fédéraliste*, Paris, L.G.D.J., 1957, 788 p.

Section 2 L'altération du modèle originel : la mise en œuvre du fédéralisme moderne

Afin de cerner les éléments composant le fédéralisme, nous allons maintenant étudier le fédéralisme *moderne* et identifier les points pouvant être communs au fédéralisme *originel*. À titre liminaire et avant d'entamer nos développements sur la conception *moderne* du fédéralisme, il paraît important d'opérer une transition entre les conceptions « *originelle* » et « *moderne* ».

La conception « *moderne* » du fédéralisme va de pair avec la construction de la Fédération étasunienne. Si la Constitution étasunienne crée la première forme *moderne* de Fédération, la période pré-constitutionnelle aux États-Unis doit être vue comme une période de transition. Les termes employés lors de cette période de transition n'offrent donc pas les garanties nécessaires pour comprendre *a priori* les termes employés et les concepts utilisés à notre époque. Le sens du mot « *fédéralisme* » n'a ainsi pas la même portée durant cette période qu'il peut l'avoir aujourd'hui. C'est ce qui ressort du *Fédéraliste*, paru en 1788¹⁵⁰. L'adjectif « *confédéral* » employé par les contemporains à la parution de cet ouvrage, ne doit donc pas être entendu comme il l'est aujourd'hui, mais plutôt comme nous entendons l'adjectif « *fédéral* ». Martin Diamond précise dans ce sens :

« *we now give the single word federal to the system the framers regarded as possessing both federal and national features. This means that we now deem as a unique principle what The Federalist regarded as a mere compound. [...] The men we have come to call the 'anti-federalists' regarded themselves as the true federalists* »¹⁵¹.

Selon ce dernier, le grand enseignement à tirer du *Fédéraliste* n'est pas de savoir comment il faut faire pour créer un système fédératif, mais comment avoir un meilleur système en étant moins fédéral, car la Constitution étasunienne ne correspondait pas, à l'époque, à la conception établie du fédéralisme.

¹⁵⁰ Alexander Hamilton, John Jay et George Madison, *Le Fédéraliste*, Paris, L.G.D.J., 1957, 788 p.

¹⁵¹ « *Nous employons aujourd'hui le mot fédéral pour désigner le système que les rédacteurs de la Constitution entendaient comme la réunion des caractéristiques fédérale et nationale. Cela signifie que ce que nous considérons aujourd'hui comme un principe unique, ce que le Federalist comprenait comme une simple combinaison [...] Les personnes que nous avons eu l'habitude de nommer les 'anti fédéralistes' se considéraient comme de vrais fédéralistes* » (traduit par nous) Martin Diamond, « The Federalist's View of Federalism », in G.C.S. Benson, *Essays on Federalism*, Claremont, Institute for Studies in Federalism, 1961, pp. 23–24.

Cette section aura donc pour objectif d'analyser les éléments essentiels du fédéralisme *moderne* pour les mettre en parallèle avec les caractéristiques du fédéralisme *originel* ainsi que d'analyser *sommairement* l'organisation des trois Fédérations américaines¹⁵² pour en avoir une vision générale. Suivant l'objectif de cette section de compréhension globale et générale du fédéralisme, nous analyserons différents aspects du fédéralisme sans entrer dans des détails qui seront davantage étudiés dans les chapitres suivants. Nous présenterons donc les conditions dans lesquelles les textes constitutionnels de ces trois Fédérations ont été adoptés et nous dresserons une vision générale de l'organisation des pouvoirs. Ainsi, le premier temps de cette section sera destiné à une comparaison entre les fédéralismes *originel* et *moderne* (§1) alors que le second temps mettra en parallèle les trois Fédérations étudiées (§2).

§1 Les causes du choix du fédéralisme moderne

Le fédéralisme *moderne* est un système dynamique au sein duquel un équilibre constant doit être trouvé entre les forces centralisatrices et les forces décentralisatrices qui organisent la *vie* de la Fédération. Le fédéralisme doit être vu comme un système et pas seulement en fonction de ses structures. Ainsi, le caractère du fédéralisme est l'adaptabilité, tout en maintenant une cohérence. C'est une caractéristique identifiée également dans le fédéralisme *originel*. Ce qui fait dire à Jenna Bednar que « *the federation needs sufficient structural integrity – solving the compliance problem – to work in the short run, but the rules upheld must adapt to changing needs* »¹⁵³. Elle ajoute : « *compliance maintenance makes the robust federation effective ; adaptability keeps it relevant* »¹⁵⁴. Pour Henri Brugmans, le fédéralisme « *moderne* » défend le droit à la diversité tout en cherchant à créer ou maintenir une solidarité entre les membres¹⁵⁵. Il est davantage caractérisé par ce qu'il rejette (centralisme et unification) que par ses

¹⁵² Les trois Fédérations américaines sont les trois Fédérations du continent américain que nous prenons pour objet d'étude, c'est-à-dire les Fédérations canadienne, étasunienne et brésilienne.

¹⁵³ « *la Fédération a besoin d'une structure suffisamment solide – pour résoudre le problème de conformité – pour fonctionner dans le court terme, mais les règles posées doivent s'adapter à l'évolution des besoins* » (traduit par nous), Jenna Bednar, *The Robust Federation – Principles of Design*, Cambridge University Press, 2009, p. 3.

¹⁵⁴ « *la protection du principe de conformité rend une Fédération solide et efficace, l'adaptabilité lui conserve sa pertinence* » Jenna Bednar, *ibidem*.

¹⁵⁵ Henri Brugmans, *La pensée politique du fédéralisme*, A.W. Sijthoff Uitgerversmaatschappij, N. V., 1969, p. 8.

caractéristiques propres, variées et variables selon ses lieux d'application et ses époques. Le fédéralisme s'applique à des sociétés hétérogènes mais solidaires et la coexistence de divers groupes ne réussit que par le compromis. Pour le professeur, il existe trois conditions nécessaires à l'existence d'une solidarité¹⁵⁶ :

- il doit exister une communauté de destins qui engage et assure l'existence, la sécurité et l'avenir de la famille du citoyen,

- le citoyen doit pouvoir participer personnellement ou par l'intermédiaire des organisations dont il est membre à l'élaboration du destin communautaire,

- le groupe doit être attaché à un système de valeurs morales communes dont les autorités ou les individus se réclament.

D'un point de vue constitutionnel, nous pensons avec Raul Blindenbacher et Ronald Watts que les caractéristiques de base d'une Fédération peuvent être synthétisées au nombre de six. Il faut :

- deux ou plusieurs ordres de gouvernement agissant directement sur leurs citoyens,

- une répartition constitutionnelle formelle des autorités législatives et exécutive et une répartition des ressources entre les ordres de gouvernement garantissant une réelle autonomie,

- l'existence d'une seconde chambre représentant les électeurs régionaux, les législatures et les gouvernements,

- une constitution suprême révisable avec l'accord de la législature fédérale et des composantes,

- un (juge-) arbitre qui interprète la constitution et la protège et

- des procédés permettant la collaboration intergouvernementale dans les domaines de responsabilités partagées ou concurrentes¹⁵⁷.

Il ressort de ces développements que le fédéralisme *moderne*, à l'instar du fédéralisme *originel*, va se définir comme un système dynamique, évolutif et d'adaptation aux conditions tant historiques, politiques, qu'économiques et culturelles. Ce système est

¹⁵⁶ Henri Brugmans, *op.cit.*, p. 85

¹⁵⁷ Voir Raul Blindenbacher et Ronald L. Watts, « Federalism in a Changing World-A Conceptual Framework for the Conference », in Raoul Blindenbacher et Arnold Koller, *Federalism in a Changing World*, Montréal & Kingston-London-Ithaca, Mc Gill-Queen's University Press, 2002, p. 10.

d'autant plus dynamique qu'il va chercher à trouver un équilibre entre différentes forces, notamment selon un mouvement de centralisation et de décentralisation. Un véritable cadre constitutionnel va aussi apparaître au fil du temps puisque des conditions vont être nécessaires, selon la majorité des auteurs, pour qu'un système puisse entrer dans le cadre fédératif.

Pour tenter de cerner le cadre fédératif *moderne*, nous analyserons deux éléments qui permettront de comprendre ses caractéristiques générales. Le premier élément se rapportera aux raisons du recours à la forme fédérative (A) pour savoir si les conditions *pré-fédératives* peuvent être déterminées, ce qui donnera des indications sur les soubassements de la forme fédérative des pays étudiés. Le second aura pour objet l'analyse générale des cadres organisationnels aux États-Unis, au Canada et au Brésil (B), de manière à voir les différences entre eux et avec le cadre *originel* établi par Althusius.

A) Considérations historico-politiques du recours à la forme fédérative

La forme fédérative d'un État signifie que ses composantes feront l'objet d'une continuelle évolution du fait de la nature changeante du système fédératif¹⁵⁸. La forme fédérative permet d'intégrer de nouveaux États à l'entité fédérative à n'importe quel moment. Le cas étasunien est un exemple mettant en exergue le fait que le territoire des États-Unis s'est étendu tout au long du XIX^{ème} siècle du fait des conquêtes de nouveaux territoires et de l'intégration de peuples dits « *indigènes* » et étrangers provenant de nombreux pays européens. La Fédération porte donc en elle une dimension quasi « *impériale* ». La preuve ne pouvait pas être plus flagrante que celle des recensements opérés à la fin du XVIII^{ème} et du XIX^{ème} siècles. En 1790, le territoire s'étend sur deux millions de kilomètres carrés et va aller jusqu'à quasiment dix millions dès 1870. La population, quant à elle, va passer de quatre millions d'habitants en 1790, à soixante-trois millions en 1890 pour atteindre trois cents millions aujourd'hui. L'exemple canadien, s'il ne peut être comparé dans la même mesure, rend également compte de ce phénomène¹⁵⁹ d'expansion du territoire par l'agrégation de terres et de populations nouvelles.

¹⁵⁸ Voir Louis Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2000, pp. 182 à 202.

¹⁵⁹ Le phénomène est entendu ici comme un fait en action, en mouvement, ou bien le passage d'un fait à un autre, comme le définit Paul Janet dans *La crise philosophique*, Paris, Germer-Baillière, 1865, p. 56 (Gallica.bnf.fr).

Outre cet avantage, la grande majorité des études sur les raisons de l'adoption du fédéralisme identifient deux motifs essentiels au recours à la forme fédérative : d'un côté la défense et la sécurité et de l'autre, des objectifs économiques et commerciaux. C'est également ce qui peut ressortir des développements d'Althusius en ce qui concerne les motifs de l'adoption du fédéralisme. Le premier motif, sécuritaire, a conduit à la création d'une union de défense dans une optique militaire, alors que le second a entraîné la création d'une union économique du fait du développement des échanges et du commerce. Toutefois, il convient de préciser que c'est le premier motif qui est à l'origine de la plupart des Fédérations (ou confédérations), ce qui a conduit Murray Forsyth à écrire qu'« *une confédération classique est essentiellement une entité capable d'engager une guerre* »¹⁶⁰. C'est ce qui ressort de *The Federalist Papers*, notamment dans les neuf premières « *communications* », comme le souligne Michael Burgess. Ces textes justifient la création de l'Union par une volonté d'être plus fort dans les domaines extérieurs et internationaux comme les affaires étrangères et l'armée ou la sécurité intérieure¹⁶¹. C'est aussi l'avis défendu par William Riker, un des penseurs le plus influent dans l'étude du fédéralisme en qualifiant la raison militaire comme le motif principal d'union¹⁶². Il reconnaît quand même que les motifs économiques existaient déjà également dans *The Federalist Papers*. L'étude des raisons du recours au fédéralisme ne peut donc se limiter aux raisons militaires et de sécurité et doivent inclure des conditions économiques et sociales. Murray Forsyth considère même que l'élément social est lié à la sécurité et que les deux dépassent la logique de l'interdépendance¹⁶³.

Michael Burgess va aller dans ce sens également puisqu'il pense que les motifs du recours à la forme fédérative sont des buts de défense et de sécurité ou des objectifs économiques et commerciaux. Selon lui, les buts de défense et de sécurité concernent la plupart du temps les confédérations. Ces deux objectifs sont liés et interdépendants¹⁶⁴.

Ronald Watts va apporter quelques précisions relatives à l'environnement mondial et l'évolution des relations internationales. Il explique que les faiblesses et les

¹⁶⁰ the « *classic confederation is basically a unity capable of waging war* », Murray Forsyth, *Unions of States: The Theory and Practice of Confederation*, Leicester, Leicester University Press, 1981, p. 160.

¹⁶¹ Alexander Hamilton, *Federalist*, n° 1 et n° 6 à 9, John Jay *Federalist* n° 2 à 5.

¹⁶² « *the primacy of the military motive* », W. H. Riker, *Federalism: Origin, Operation, Significance*, Boston, Little, Brown & Company, 1964, p. 19.

¹⁶³ « *escape the logic of this interdependency* », Murray Forsyth, *Unions of States*, Leicester, Leicester University Press, 1981, p. 160.

¹⁶⁴ Voir Murray Forsyth, *ibidem*.

inconvenients des États de forme unitaire, notamment pour les grands États, vont permettre de développer la forme fédérative pour un certain nombre de raisons. Tout d'abord, l'évolution des transports, des moyens de communication, de la technique et de l'organisation industrielle a eu d'importantes conséquences sur la forme et la taille des organisations politiques. Le développement d'objectifs communs pour la grande majorité des États dans le monde vers le progrès a conduit à envisager de plus en plus les relations entre les États. Cela a donc entraîné, selon Ronald Watts, une évolution vers des entités politiques plus grandes. Néanmoins en contrepartie, les entités politiques régionales ont aussi connu une importante croissance et un regain d'intérêt pour contrebalancer les développements des relations internationales. Les intérêts des citoyens ont été davantage pris en compte, de manière à reconsolider les liens primaires du groupe¹⁶⁵. Cela a permis de maintenir ou de créer, lorsqu'il avait disparu, un sentiment d'appartenance à une même communauté. C'est donc un retour aux idées du fédéralisme *originel*.

Plus récemment, la mondialisation de l'économie a engendré la création de forces économiques et politiques internationales, dépassant le cadre étatique traditionnel. Cela a donc mis à mal l'État-nation. Cela a permis le développement de nouveaux avantages de la forme fédérative. Les forces internationales et locales ont ainsi trouvé une place dans ce nouveau cadre, permettant aux États de type fédératif d'offrir un cadre plus propice à ce nouvel environnement¹⁶⁶. Cela est renforcé par l'avis d'une partie de la doctrine du fédéralisme qui considère comme Ronald Watts qu'une économie mondialisée et l'ouverture à de nouveaux marchés entraînent des conditions favorables au cadre fédératif par la contractualisation des relations, la non-centralisation de l'économie favorisant l'autonomie des acteurs, la diversité des marchés ou la coopération entre territoires et ainsi l'application du principe de subsidiarité¹⁶⁷.

Les raisons militent en faveur d'une union de plusieurs États sont donc multiples et variées. Toutefois, les raisons poussant à la création d'une Fédération sont également séparatistes, c'est-à-dire, permettant de maintenir et de faire perdurer les différences,

¹⁶⁵ Liens linguistiques, culturels, religieux, traditions, pratiques sociales...

¹⁶⁶ Voir Thomas J. Courchene, « Globalization : The Regional/ International Interface », *Canadian Journal of Regional Science*, vol. 18, n°1, 1995, pp. 1-20.

¹⁶⁷ Ronald L. Watts, *Comparaison des régimes fédéraux*, 2^{ème} éd., Montréal & Kingston - London- Ithaca, Institut des relations intergouvernementales, Presses universitaires McGill-Queen's, 2002, pp. 5-6.

quelles qu'elles soient¹⁶⁸. Les futures composantes de la Fédération décident de s'associer dans une union de forme fédérative car cela permet à celles-ci de pouvoir garder une certaine autonomie dans la gestion de leurs affaires publiques ou privées, dans la protection de leurs diversités linguistiques, religieuses ou culturelles¹⁶⁹. Les raisons au maintien de tendances séparatistes peuvent s'expliquer par une existence autonome antérieure, des intérêts économiques propres, un sentiment d'absence de points communs avec les autres entités formant la Fédération ou de divergences trop importantes avec la fédération. Ces particularités ne pouvant facilement être protégées dans le cadre d'un État-nation, la forme fédérative est donc une solution à l'union de divers États dans un ensemble encadré, tout en permettant de maintenir une forme d'autonomie. Il faut enfin ajouter que la volonté séparatiste peut également se trouver au niveau des forces à l'origine de la création de l'entité globale, donc de la Fédération. En effet, le fait de créer une nouvelle entité permettra à l'ensemble de ses composantes de ne plus être soumises à une autorité extérieure qui avait jusqu'alors un pouvoir sur celles-ci¹⁷⁰.

Par conséquent, il est possible de tirer de cela les conclusions suivantes : les raisons du recours à la forme fédérative sont principalement des motifs de protection comme la défense et la sécurité et des motifs d'ouverture tels que des objectifs économiques et commerciaux, comme cela était le cas pour le fédéralisme *originel*. De plus, il faut ajouter que d'autres motifs comme la volonté de protéger ses propres particularités sont aussi souvent présentes dans les raisons du recours à la création d'une Fédération, que ce soit à un niveau central (celui de la Fédération) ou à un niveau étatique (celui des États membres).

Après avoir tenté de montrer quelles étaient les raisons principales et générales du recours à la forme fédérative pour comprendre et définir ensuite le fédéralisme, nous nous proposons de nous arrêter sur les raisons propres à nos trois objets d'étude que sont les

¹⁶⁸ Georges Scelle, *Précis de droit des gens*, 1^{ère} partie, Paris, Sirey, 1932, pp. 189 et 190.

¹⁶⁹ Voir Eugénie Brouillet, *La négation de la nation*, Québec, Les Editions du Septentrion, 2005, pp. 77 et 78.

¹⁷⁰ La création des États-Unis et dans une certaine mesure du Canada peuvent illustrer cette idée. Les deux Fédérations souhaitaient s'émanciper du colonisateur britannique même si les colonies canadiennes désiraient quand même maintenir des liens avec la Métropole.

États-Unis (1), le Canada (2) et le Brésil (3) pour tracer un parallèle ou au contraire, établir une distinction entre ces cas.

1) Les motifs de l'adoption de la forme fédérative aux États-Unis

L'histoire de la formation des États-Unis est révélatrice de la particularité de cette Fédération. À la différence de la plupart des entités de forme fédérative et notamment du Brésil et du Canada, les États-Unis ne furent pas créés par une politique d'État.

Avant la création de la Fédération des États-Unis, l'ensemble des colonies étasuniennes naquirent d'initiatives privées, par des entreprises et des moyens privés¹⁷¹. La Couronne britannique ne fut donc pas à l'origine de la formation des colonies, ni d'un point de vue politique et militaire, ni financier. Des personnes privées se sont établies librement et sans aucune contrainte. L'organisation des communautés ainsi créées, devenant ensuite des villes, fut laissée à la discrétion des individus. Cela fonda et marqua profondément la culture politique des étasuniens. L'Angleterre ne faisait qu'octroyer une charte à une entreprise ou au propriétaire du territoire concerné. Cette charte de nature contractuelle permettait au récipiendaire de gouverner comme il l'entendait. Il était donc titulaire du droit de légiférer, de faire exécuter les lois et de juger, en accord avec les règles et usages anglais. Les colonies purent donc s'organiser et s'administrer librement.

Cependant, dès les années 1760, les relations avec l'Angleterre se dégradèrent, conduisant à des revendications de la part des colonies étasuniennes qui se réunirent en une confédération¹⁷² et ayant pour résultat la *Déclaration d'Indépendance* de 1776. La guerre d'indépendance qui prit fin en 1783 avec le *Traité de Paris*, scella la souveraineté des treize États. Chacun détenait une constitution propre, comprenant une déclaration de droits et consacrant la séparation des pouvoirs. La guerre laissa les États dans de grandes difficultés financières et économiques. Aucun État ne réussissant à sortir de cette grave crise économique qui devint ensuite sociale, certains hommes d'États décidèrent de se regrouper pour tenter de surmonter cette situation par la voie politique¹⁷³. Ces hommes dont faisaient partie James Madison, Georges Washington ou Benjamin Franklin,

¹⁷¹ Voir Elisabeth Zoller, *Le droit des États-Unis*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2001, p. 7.

¹⁷² La déclaration d'indépendance de 1776 est en quelque sorte traduite dans les articles de la Confédération que le Congrès va édicter en 1777, mais qui ne seront ratifiés par tous les États qu'en 1781: ces articles transformèrent le Congrès, gouvernement *de facto*, en un gouvernement *de jure*.

¹⁷³ Daniel J. Elazar, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, University of Alabama Press, 1987, pp. 11 à 13.

pensaient que seule l'union des États pouvait permettre de trouver une solution. Ainsi, dès le mois de mai 1787, une cinquantaine de délégués des douze États (l'État de Rhode-Island n'en faisait pas partie) formèrent une convention constitutionnelle pour modifier la Confédération. En septembre 1787, une Constitution fut adoptée, marquant fondamentalement l'histoire politique du pays par la création de la Fédération étasunienne, ou plus précisément d'un gouvernement fédéral. Ce gouvernement reçut un certain nombre de pouvoirs et de compétences établis dans la Constitution. Pour les *Pères fondateurs*, les raisons de l'adoption de la Constitution américaine étaient de trouver¹⁷⁴ :

- une solution aux conséquences de la lutte entre les États,
 - un moyen pour l'Union de lutter contre les factions et les insurrections,
 - une utilité pour l'Union concernant le commerce et la marine,
 - une utilité de l'Union concernant les finances,
 - les avantages de l'Union du point de vue économique pour le gouvernement,
 - une solution à l'insuffisance de la confédération de l'époque pour maintenir l'Union (pas de gouvernement énergique, guerre civile, despotisme militaire, absence d'autorité dans le Congrès) et :
- un accord en vue d'instaurer un pouvoir général de taxation,
 - une réponse aux dangers qui résultaient des forces et de l'influence étrangère. L'Union semblait plus capable de régler les litiges internationaux et de protéger le commerce,
 - une garantie contre les dangers de la guerre entre les États.

Alan Tarr synthétise les raisons de la création de l'union des États étasuniens et la formation d'une Fédération par la protection contre la tyrannie, c'est-à-dire la volonté de se protéger contre toute forme d'imposition du pouvoir à la suite de la séparation d'avec l'empire britannique et par là même, la recherche de la paix et la protection des droits individuels. Puis, s'ajoute à cela la volonté de protéger le commerce et de le promouvoir du fait de la chute des exportations à la suite des embargos britanniques¹⁷⁵.

Les États-Unis ont donc souhaité créer un ensemble permettant de mettre en relation les États membres de la Fédération pour que chacun apporte une aide aux autres et pour

¹⁷⁴ A. Hamilton, J. Jay et G. Madison, *Le Fédéraliste*, Paris, L.G.D.J., 1957.

¹⁷⁵ George Alan Tarr, « United States of America », in John Kincaid et Alan Tarr, *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Montréal & Kingston, McGill – Queen's University Press, 2005, p. 384.

former une entité dont la force résulterait de l'addition des forces composantes. Il ressort de ces bilans un constat essentiel. Les États-Unis furent constitués par la concession du pouvoir par le peuple. La situation juridique de quasi-autonomie des colonies anglaises et leur capacité à s'organiser seules et indépendamment de l'empire britannique, conduisit à la formation d'une Union particulière. Le pouvoir appartenant aux individus et par la suite aux citoyens des États indépendants, c'est le peuple, par l'intermédiaire de ses représentants qui décida de s'unir et de former une Fédération. Le pouvoir de la Fédération a donc suivi un sens ascendant, respectant l'idée du fédéralisme althusien. Il provient du peuple qui en a concédé une partie au gouvernement fédéral. Nous allons voir qu'il en est différemment pour le cas canadien. Nous analyserons ensuite le cas brésilien.

2) Les motifs de l'adoption de la forme fédérative au Canada

Le Canada est territorialement le deuxième pays le plus étendu au monde. À l'origine, composé de colonies britanniques, il a été l'un des premiers pays à adopter la forme fédérative *moderne*. Bien que le Canada soit un *dominion* anglais, une importante communauté francophone existe et a souhaité maintenir ses traditions linguistiques, culturelles et religieuses. De plus, des communautés autochtones vivaient (et vivent encore) sur le territoire canadien, réparties à de nombreux endroits. Enfin, l'immigration a fait venir différentes communautés européennes, africaines ou asiatiques, faisant de la société canadienne, une société composée de multiples communautés. Selon Michael Burgess, il existe donc quatre motifs au recours à la forme fédérative par le Canada : les blocages politiques entre les colonies préexistantes, la menace provenant des États-Unis, le besoin économique et la vision d'une unité nationale rapprochant tous les citoyens¹⁷⁶. Précisons ces quatre motifs.

Originellement, le *Canada-Uni*¹⁷⁷ comprenait l'Ontario et le Québec d'aujourd'hui (alors dénommés respectivement Canada Est et Canada Ouest). Cherchant à obtenir davantage d'autonomie vis-à-vis de l'Angleterre, cette colonie avec celles du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse décidèrent d'adopter la forme fédérative pour faire coexister les différentes communautés, notamment anglophone et francophone. C'est par *l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867* (ou *Loi constitutionnelle de 1867*) que ces

¹⁷⁶ Michael Burgess, *Comparative Federalism – Theory and Practice*, Routledge, London, 2006, p. 84.

¹⁷⁷ 1840-1867.

colonies vont former une Fédération composée de quatre provinces¹⁷⁸. Les raisons de la création de cette Fédération sont surtout militaires, commerciales (avec la création du chemin de fer qui permettait créer des moyens de communication entre les territoires et de relier la côte Est à la côte Ouest¹⁷⁹) et culturelles. Du point de vue militaire, il existait une menace provenant des États-Unis, du fait du divorce avec l'Angleterre et des volontés d'extension du territoire étasunien. Pour éviter toute intégration forcée et d'être soumis à la souveraineté étasunienne, le Canada voulut se doter d'une force militaire capable de se défendre contre ses voisins et aussi, construire une force politique réelle pour renforcer son poids. Un pouvoir politique fort et uni a toujours été le souhait des fédéralistes canadiens pour avoir une importance face aux États-Unis et sur la scène internationale. Si les raisons commerciales et militaires¹⁸⁰ sont des causes que l'on retrouve classiquement dans la création de telles entités pour s'épanouir et se protéger, la raison culturelle mérite d'être expliquée. En effet, la Fédération permet de protéger et garder les identités culturelles, qu'elles soient nationales ou locales¹⁸¹. Ainsi, la puissance acquise par l'alliance avec d'autres entités va permettre de se défendre contre l'extérieur et de l'intérieur pour sauvegarder des peuples, des nations¹⁸² et des cultures. Cela se différencie donc du cas étasunien et du fédéralisme *originel*.

L'Angleterre participa à la création de cette nouvelle entité et il fut choisi d'allier les principes fédératifs à la monarchie constitutionnelle et parlementaire anglaise. L'Angleterre accepta que des colonies intègrent le Canada et le pays acquit sa forme et sa composition actuelle en 1949, avec l'intégration de la dernière province : Terre-Neuve, devenue *Terre-Neuve et Labrador* en 2001. La Constitution fut et demeure composée de nombreux instruments britanniques¹⁸³ (incluant des formes de pouvoir de tutelle, comme le

¹⁷⁸ L'Ontario, le Québec, la Nouvelle-Ecosse et le Nouveau-Brunswick.

¹⁷⁹ La construction du chemin de fer durant le XIX^{ème} siècle eut un impact commercial et social fort car il permit de créer des emplois, de faciliter les déplacements des populations pour s'installer dans des territoires peu exploités et de distribuer des biens et des marchandises.

¹⁸⁰ Les colonies ont créé la Confédération notamment pour se protéger de l'expansion étasunienne qui menaçait de s'étendre largement sur le territoire canadien, en particulier avec la guerre civile entre 1861 et 1865.

¹⁸¹ Voir sur ce thème, Eugénie Brouillet, *La négation de la nation*, Québec, Les Éditions sur Septentrion, 2005, 478 p.

¹⁸² au sens sociologique du terme, c'est-à-dire un groupe ayant une langue, une histoire et des traditions communes.

¹⁸³ Voir Rainer Knopff and Anthony Sayers, « Canada », in John Kincaid et Alan Tarr, *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Montréal & Kingston, McGill – Queen's University Press, 2005, p. 105.

Gouverneur général) et c'est véritablement en 1982, lors du rapatriement du pouvoir constituant que le Canada obtint une véritable souveraineté¹⁸⁴.

3) Les motifs de l'adoption de la forme fédérative au Brésil

Le Brésil édicta une déclaration d'indépendance en 1822 et se détacha alors de l'empire portugais. Il prit, lui aussi, la forme impériale suivant un régime de monarchie héréditaire constitutionnelle et ce, jusqu'en 1889, date à laquelle la République fut proclamée. Le pays devint alors, et de manière relativement radicale et abrupte, une Fédération. Les raisons principales de l'adoption de la forme fédérative sont au nombre de trois. La première se rapporte à la superficie du pays. Son immensité obligeait à avoir des provinces de taille importante pour assurer une bonne organisation du pays. Les grandes distances et la superficie des provinces ne permettaient pas un contrôle de l'empereur sur l'ensemble du territoire. Le gouverneur de chaque province avait donc des pouvoirs très importants. La création d'une Fédération a permis de lier les chefs de provinces à l'autorité centrale et de créer une certaine unité dans cet immense ensemble. La deuxième tient au fait qu'il existait des conflits et des soulèvements populaires dans la plupart des régions en faveur d'une certaine autonomie¹⁸⁵. Ces conflits menaçaient l'intégrité des provinces, que ce soit à l'intérieur de celles-ci ou à leurs frontières extérieures. La forme fédérative permettait donc de lutter contre les tentatives d'invasion extérieures et de permettre un maintien des particularismes régionaux. Puis, la troisième est on ne peut plus logique et s'explique par le fait que des provinces existaient déjà sous l'Empire. Leur maintien n'a donc posé aucune difficulté et leurs frontières ont ainsi été maintenues. Ces provinces de l'Empire devinrent des États membres de la Fédération et acquirent un statut autonome avec l'adoption de constitutions propre à chacun. Une Constitution fédérative fut adoptée en 1891 et transforma l'État en une République présidentielle. Selon Lise Tupiassu, le pays

¹⁸⁴ Avant la réforme constitutionnelle de 1982, on ne doutait pas que le Canada était un pays pleinement souverain, tant au plan interne qu'au plan international, même si le pouvoir constituant était toujours formellement entre les mains du Parlement de Londres. Il était acquis depuis le Statut de Westminster en 1931 que ce dernier ne légiférait en matière constitutionnelle pour le Canada que suivant les instructions de celui-ci. Dès les années 1860, s'était en effet développée une politique impériale voulant qu'il existât un certain consentement des colonies britanniques aux changements constitutionnels envisagés par la métropole. L'article 4 du *Statut de Westminster de 1931*, L.R.C. 1985, app. II, n° 27, est venu plus tard confirmer cette convention.

¹⁸⁵ Voir Celina Souza, « Federal Republic of Brazil », in John Kincaid et Alan Tarr, *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Montréal & Kingston, McGill – Queen's University Press, 2005, p. 78.

passa d'une répartition des pouvoirs quadripartite, en application des thèses de Benjamin Constant, avec l'empereur comme pouvoir modérateur, à une répartition tripartite des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire¹⁸⁶.

Les raisons du recours à la forme fédérative de la Fédération brésilienne diffèrent donc du cas étasunien et du cas canadien. Elles sont principalement d'ordre pratique. La taille du pays ne permettant pas une circulation des informations efficace et l'existence de provinces dirigées par des autorités ayant un pouvoir important ont conduit à se diriger vers le choix de la Fédération. Les multiples conflits entre les provinces ainsi qu'aux frontières de celles-ci ont ensuite motivé le choix d'une union plus organisée entre les entités membres. Cela est donc largement différent des motifs envisagés par Althusius dans le fédéralisme *originel*.

Pour tirer un bilan de la formation de ces deux Fédérations que sont le Brésil et le Canada, il est possible de se rendre compte qu'au contraire du cas étasunien, elles ne furent pas formées par une concession du pouvoir par le peuple, mais plutôt par une délégation du pouvoir par le gouvernant. En effet, ce sont les gouvernants de ces deux pays (l'empereur pour le Brésil et les autorités britanniques pour le Canada) qui ont décidé de laisser les pouvoirs au peuple¹⁸⁷. La logique fédérative et l'origine fédérative n'ont donc pas les mêmes bases. Le cas étasunien a une logique ascendante, alors que le Brésil et le Canada ont, eux, une logique descendante. Le pouvoir ne provenant pas de la même source, l'esprit fédératif va par conséquent être très différent. Nous pouvons donc considérer que les motifs d'adoption du cadre fédératif *moderne* ainsi que les types de formation sont plus nombreux et variés que ceux du fédéralisme *originel*.

De plus, il est à noter que le choix de la forme fédérative au Canada s'explique aussi par le souhait de réunir des forces dans une optique de défense et de protection et par la volonté de maintenir des différences, qu'elles soient culturelles, linguistiques ou politiques dans les différentes entités composant la Fédération. Comme cela a été le cas

¹⁸⁶ Lise Tupiassu, « Le droit constitutionnel : les institutions politiques », in Domingos Paiva de Almeida, *Introduction au droit brésilien*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 15.

¹⁸⁷ La Fédération canadienne est née d'une loi britannique. Toutefois, contrairement à toutes les Constitutions antérieures (1763, 1774, 1791, 1840, celle de 1867) elle ne fut pas imposée par la métropole britannique. Au contraire, elle est le fruit d'une entente conclue entre les colons, entérinée par le Parlement britannique. Voir Cour suprême, *Renvoi sur le rapatriement de 1981*, (1981), 1 R.C.S. 753.

lors de la formation de la Fédération étasunienne qui permettait que chaque État puisse adopter des règles selon ses propres choix.

Au regard de ces analyses, nous pouvons constater que les raisons du recours à la forme fédérative dans les trois cas étudiés ne sont pas totalement identiques mais néanmoins, parfois proches. C'est notamment le critère sécuritaire qui est commun aux Fédérations étasunienne, canadienne et brésilienne. Le souhait de se protéger d'attaques venues de l'extérieur ou de mettre fin aux conflits intérieurs se retrouve dans les trois pays. Puis, la volonté de faciliter des rapports politiques ainsi qu'économiques et commerciaux peuvent également être constatées dans les trois Fédérations. En accord avec les conclusions de Ronald Watts¹⁸⁸, il semble qu'un certain nombre de motifs au recours à la forme fédérative sont communs à la plupart des Fédérations *modernes*, mais à des degrés différents. Le degré d'importance de chacun des motifs varie selon les pays et les conditions de création des Fédérations.

Après avoir vu pour quelles raisons les États-Unis, le Brésil et le Canada ont adopté la forme fédérative, il s'agit d'analyser les grandes lignes de ces trois entités pour cerner les différences qui vont exister entre les formes *modernes* de fédéralisme et la forme *originelle*, développée par Althusius.

B) Les conceptions du fédéralisme

Le terme de « *fédéralisme* » a acquis un sens quelque peu différent de celui qu'il avait lors de sa théorisation par Althusius. L'essence du fédéralisme *moderne* semble pourtant encore porter les principes fondamentaux du fédéralisme tel que vu par Althusius. Ainsi, le fédéralisme *moderne* « *consiste en une fusion partielle pour la réalisation de certaines tâches communes sans, pour autant, que ne soit sacrifiée en d'autres matières l'autonomie des composantes* »¹⁸⁹. Il n'existe pas de rapport de domination¹⁹⁰. Il en résulte que l'expression de la souveraineté doit être partagée entre le niveau central et le niveau fédéré. Le partage des compétences et par-là même du pouvoir législatif doit permettre de

¹⁸⁸ Ronald Watts, *New Federations: Experiments in the Commonwealth*, Oxford, Clarendon Press, 1966, pp. 65-66.

¹⁸⁹ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, p. 404.

¹⁹⁰ Georges Scelle, *Précis de droit des gens*, 1^{ère} partie, Paris, Sirey, 1932, p. 187.

laisser aux États membres un certain nombre de matières dans lesquelles ils pourront seuls et indépendamment du pouvoir central, agir et légiférer. Ce partage des compétences doit aussi donner au pouvoir central la responsabilité de domaines autres que ceux relevant des États membres pour pouvoir agir dans un but d'intérêt général national. Toute subordination d'un niveau de gouvernement à un autre est donc étrangère à la logique fédérative et incompatible avec elle.

Selon la professeure Brouillet et les professeurs Brun et Tremblay, il existe quatre caractères à l'existence d'un régime fédératif¹⁹¹ (*moderne*). Il faut d'abord un partage de compétences reconnu par la norme suprême qu'est la constitution. Ce caractère dit de la « *suprématie de la Constitution* » dégagé par A. V. Dicey signifie que les compétences attribuées au gouvernement central et aux gouvernements des États membres doivent être déterminées par le texte constitutionnel et avoir une autorité supérieure à celle des lois ordinaires. Chacun des deux ordres doit être soumis à cette constitution et ils ne doivent pouvoir la modifier que dans des conditions particulières, nécessitant l'accord du gouvernement fédéral et des gouvernements étatiques. Ainsi, aucun des ordres de gouvernement ne doit pouvoir modifier la constitution sans l'accord de l'autre.

Ensuite, le deuxième caractère est l'existence d'au moins deux ordres de gouvernement et donc de deux niveaux d'organes législatifs. La souveraineté s'exprimant, selon les professeurs, « *à un niveau central et un niveau décentralisé, principalement par l'entremise de la fonction législative* », l'exercice de la fonction législative doit se réaliser au niveau du fédéral et au niveau des États membres, chacun ayant un champ de compétence propre.

Le troisième caractère, découlant du deuxième, implique que la décentralisation législative ait une reconnaissance et une existence bien déterminée. Dans ce cas, les organes décentralisés doivent être autonomes par rapport aux organes centraux, de façon à pouvoir agir avec une certaine liberté dans leurs domaines de compétence législative.

Enfin, le quatrième et dernier caractère est la participation des membres de la Fédération à la législation fédérale. Les membres participent donc à la législation fédérale par le biais d'organes représentatifs et en particulier grâce à l'existence d'une chambre fédérative représentant les membres de la Fédération.

¹⁹¹ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *op. cit.*, pp. 405 à 407.

Il résulte donc de ces analyses que les caractéristiques fondamentales du fédéralisme *moderne* et *originel* ne sont pas identiques car évolutives, adaptées aux conditions politiques, sociologiques, sociales et sociétales de chaque époque. Le fédéralisme *originel*, reposant sur la *consociatio symbiotica* (la communauté symbiotique) et la *communicatio*, c'est-à-dire la mise en commun et la participation des citoyens à la vie sociale correspond à des objectifs propres à une époque passée. De la même manière, l'organisation de la société en familles, compagnies, et cités, ne convient pas à l'organisation de la société moderne. Toutefois, la manifestation fédérative garde une idée commune aux deux types de fédéralisme qui est une répartition des compétences reconnue et protégée par un pacte constitutionnel fondant la Fédération. Cependant, le fédéralisme *moderne* trouve des motifs d'adoption plus variables que le fédéralisme *originel* et a fait évoluer et a adapté ses caractéristiques selon les exigences nouvelles et l'environnement culturel ambiant (nous entendons ici par culturel tout ce qui participe de l'identité d'un pays, comme l'histoire, la langue, la politique, l'économie, etc...).

L'évolution des États et de l'environnement dans lequel ils existent et agissent a conduit à définir le fédéralisme comme un régime politique à deux ou plusieurs niveaux de gouvernement, comprenant un partage des pouvoirs, une certaine autonomie régionale et l'existence d'institutions communes. Pour Ronald Watts, les Fédérations représentent un type particulier parmi les « *systèmes politiques fédéraux* »¹⁹² car aucun niveau de gouvernement (fédéral ou fédéré) n'est subordonné à un autre, d'un point de vue constitutionnel. Chaque niveau de gouvernement dispose de « *pouvoirs souverains* », tels les pouvoirs législatif, exécutif et fiscal, prévus par le texte constitutionnel. Les entités fédérées sont représentées au sein des institutions fédérales et la Constitution fédérative

¹⁹² Les systèmes politiques fédéraux se rapportent généralement à tous les régimes politiques qui s'opposent aux systèmes unitaires. À l'intérieur de ces systèmes politiques fédéraux, la doctrine y regroupe les quasi-fédérations, les fédérations et les confédérations. Certains comme Daniel Elazar y ajoutent même les unions, les associations de type fédéral, les États associés, les condominiums, les ligues et les administrations fonctionnelles conjointes (Daniel Elazar, *Federalism : An Overview*, Pretoria, HSRC, 1995, p. 19). Voir Ronald Watts, *Comparaison des régimes fédéraux des années 90*, Montreal & Kingston – London – Ithaca, Institut des relations intergouvernementales, 1998, p. 7.

est la norme suprême. Celle-ci est modifiable à la majorité des membres¹⁹³ et prévoit un mécanisme d'arbitrage des conflits entre les ordres de gouvernement. Voilà comment il est possible de définir synthétiquement le fédéralisme *moderne*.

Il faut maintenant analyser les conceptions du fédéralisme des pays que nous avons pris comme objets d'étude, pour distinguer si ces conceptions diffèrent et comment a évolué la vision du fédéralisme selon la conception *moderne*. À partir d'une analyse générale, nous porterons donc un premier regard sur la vision du fédéralisme étasunien (1) pour ensuite analyser le fédéralisme dans sa conception canadienne (2) et comprendre enfin la conception brésilienne du fédéralisme (3).

1) La conception étasunienne du fédéralisme

Le fédéralisme est un élément essentiel de la forme du droit étasunien et le répartit ainsi en une organisation duale, composée du droit des États et du droit de l'entité fédérale. Les États-Unis ont été la première Fédération *moderne* à avoir consacré la forme fédérative selon une adaptation de la conception ancienne en tant que principe d'organisation de forme de gouvernement. La Fédération étasunienne représente l'image classique du fédéralisme en faisant coexister les diversités dans un ensemble uni. En effet, si la société est homogène et unie, elle est composée de nombreuses minorités et de grandes différences régionales et culturelles. C'est d'ailleurs un des éléments fondamentaux de l'esprit de la Constitution fédérative que la protection des droits individuels¹⁹⁴. La Constitution énumère les domaines de compétence fédérale (qui sont majoritairement partagés) et confère aux États les matières résiduelles.

Le fédéralisme étasunien est organisé autour de la notion de liberté, ce qui a d'importantes conséquences sur la conception de l'État et du droit¹⁹⁵. L'individu existe d'abord par rapport à sa communauté. C'est elle qui régit les grandes règles de la vie des personnes. L'intervention de chaque niveau supérieur ne doit se faire qu'à titre subsidiaire.

¹⁹³ Il s'agit plus précisément d'une procédure exigeant la majorité qualifiée. Par exemple, au Canada, il s'agit, en principe, de l'accord de sept provinces sur dix représentant 50% de la population canadienne et celui du gouvernement fédéral (voir la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*).

¹⁹⁴ George Alan Tarr, « Unites States of America », in John Kincaid and George Alan Tarr, *A Global Dialogue on Federalism – Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, vol. 1, Montreal & Kingston-London-Ithaca, McGill – Queen's University Press, 2005, p. 384.

¹⁹⁵ Daniel J. Elazar, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, University of Alabama Press, 1987, pp. 91 à 98.

En cela, les caractères du fédéralisme *originel* se retrouvent dans le fédéralisme étasunien. L'individu est donc au centre de l'organisation et se gouverne lui-même. C'est l'idée de *self-government* qui prédomine, c'est-à-dire le droit de se gouverner soi-même. Ainsi, à côté des droits locaux, le droit des États a une grande importance. Il est généralement plus ancien que le droit fédéral puisque les États existaient avant le gouvernement fédéral¹⁹⁶ et chaque État est régi par une constitution. Dans cette perspective, Elisabeth Zoller explique que, « à la différence du gouvernement fédéral, les États n'ont pas à faire la preuve de leur pouvoir de créer, appliquer et faire appliquer des règles de droit. Ils ont à titre inhérent, la plénitude de la souveraineté »¹⁹⁷. Ils doivent néanmoins agir dans les limites posées par leur Constitution et la Constitution fédérative.

Lors de la construction de la Fédération étasunienne, d'un point de vue horizontal et concernant la répartition des pouvoirs, le législatif a été confié à deux assemblées, au niveau fédéral : le Sénat et la Chambre des représentants. Le Sénat est un organe législatif, mais il agit parfois dans les sphères administrative et judiciaire. Il intervient, par exemple, en participant au choix de certains ministres, ambassadeurs ou hauts fonctionnaires¹⁹⁸ ou en se prononçant sur des délits politiques et en statuant sur certains cas en matière civile¹⁹⁹. La Chambre des représentants voit son champ d'action se limiter seulement à des missions relatives au pouvoir législatif. Cela constitue une différence vis-à-vis du fédéralisme *originel* qui n'envisageait pas d'organisation aussi complexe des institutions.

Le fédéralisme étasunien pourrait donc être vu comme un principe d'organisation fondé sur la liberté de chaque individu, faisant coexister deux ordres de gouvernements, fédéral et étatique, laissant à chacun des pouvoirs législatifs selon une répartition constitutionnellement reconnue²⁰⁰. Les États et les citoyens sont représentés au niveau fédéral par l'existence de deux chambres détenant ensemble le pouvoir législatif fédéral. Si des caractères du fédéralisme *originel* sont perceptibles, il est manifeste que le

¹⁹⁶ Il existait treize États que sont la Caroline du Nord, la Caroline du Sud, le Connecticut, le Delaware, la Georgie, le Maryland, le Massachusetts, le New Hampshire, le New Jersey, New York, la Pennsylvanie, Rhode Island et la Virginie.

¹⁹⁷ Elisabeth Zoller, *Le droit des États-Unis*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2001, p. 38.

¹⁹⁸ Article 2 section 2 de la Constitution.

¹⁹⁹ Article 1^{er} section 3 de la Constitution.

²⁰⁰ Ceci est le principe défendu par l'esprit de la Constitution étasunienne mais nous verrons que la pratique est quelque peu différente puisque le gouvernement fédéral a la possibilité d'intervenir dans des domaines qui ne sont pas de sa compétence dans certaines conditions.

fédéralisme étasunien constitue une évolution par rapport au fédéralisme imaginé par Althusius.

2) La conception canadienne du fédéralisme

Le Canada est une Fédération un peu moins ancienne mais faisant partie des premières Fédérations *modernes*. En 1867, les colonies vont créer une « *Union fédérale* ». Le regroupement des provinces en une entité ne va pas étouffer le fort régionalisme qui existe, maintenant ainsi l'esprit protecteur des diverses entités de cette Fédération. La Constitution canadienne, si elle attribue des compétences exclusives aux provinces et au fédéral et prévoit des compétences partagées, va laisser les compétences résiduelles au gouvernement central, contrairement au cas étasunien. Malgré une certaine centralisation initiale, le régionalisme et le dualisme des ordres de gouvernement dans le fédéralisme canadien ont permis de concevoir une certaine décentralisation, notamment aux plans législatif et administratif. Le pouvoir exécutif est lui aussi réparti et séparé entre les provinces et le fédéral, tout comme le pouvoir législatif dans les institutions, ce qui différencie la Fédération canadienne de sa voisine étasunienne.

Aux États-Unis et au Canada, chaque ordre de gouvernement détient des responsabilités exécutives dans ses domaines de compétence législative. Cela nous semble justifié par trois éléments : cela permet de renforcer considérablement l'autonomie des corps législatifs, cela permet d'assurer à chaque gouvernement l'autorité nécessaire pour appliquer ses règles et cela permet enfin à la législature d'exercer un contrôle sur l'exécutif²⁰¹.

Le Canada met donc en avant, dans son fédéralisme, un partage des compétences assuré par la Constitution fédérative, mais va laisser les compétences résiduelles au Parlement fédéral. La répartition des pouvoirs est marquée en faveur du gouvernement fédéral du fait de l'organisation constitutionnelle qui laisse de nombreux pouvoirs au gouvernement fédéral ainsi que des marges de manœuvres permettant à celui-ci d'agir indirectement dans des domaines qui ne relèvent pas de sa compétence. Cela sera conforté par l'interprétation

²⁰¹ Voir Ronald Watts, *Comparaison des régimes fédéraux*, 2^{ème} éd., Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2002, p. 39.

du texte constitutionnel par la Cour suprême²⁰². De plus, une véritable centralisation financière est manifeste en raison de l'importante part des revenus fiscaux revenant au gouvernement fédéral et de l'inadéquation entre les revenus des provinces et leurs compétences²⁰³. Le fédéralisme canadien initial se distingue donc du fédéralisme étasunien en ce qu'il est, constitutionnellement parlant, davantage centralisé²⁰⁴. Les points communs avec le fédéralisme *originel* sont donc peu perceptibles.

3) La conception brésilienne du fédéralisme

La *Constitution de 1891* a été rédigée sous une certaine influence des Constitutions étasunienne, argentine de 1853 et suisse de 1874. Le Brésil n'a pas souhaité suivre précisément le schéma constitutionnel étasunien. Il a voulu avoir un président fort au sein du gouvernement fédéral et un gouverneur fort dans les États.

Dans la conception actuelle des penseurs brésiliens et notamment de Roberto Pimentel²⁰⁵, la Fédération est une forme d'organisation caractérisée par la répartition ou la distribution des compétences inscrites dans le texte constitutionnel, la capacité d'auto-organisation des États membres par le biais de Constitutions propres et la participation des États membres dans la formation de la volonté nationale par le Sénat fédéral. Néanmoins, contrairement à la conception *originelle* du fédéralisme, les relations verticales sont très importantes dans le fédéralisme brésilien. Le gouvernement fédéral (dénommé également « *Union* ») peut ainsi, selon la Constitution fédérative, intervenir dans un certain nombre de cas dans des affaires de compétences étatiques²⁰⁶ et les États ou le gouvernement fédéral peuvent intervenir dans les affaires municipales, dans certaines conditions²⁰⁷. Si les États membres ont leur propre Constitution, leur adoption et leur modification doivent respecter les principes de la *Constitution fédérative de 1988*²⁰⁸. De plus, les Constitutions

²⁰² Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Yvon Blais, 2008, pp. 422 et 423.

²⁰³ Cela sera plus précisément analysé dans le chapitre premier du titre second de cette première partie. Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *op.cit.*, pp. 426 et 427 ; Eugénie Brouillet, *La négation de la nation*, Québec, Les Éditions sur Septentrion, 2005, pp. 267 à 270.

²⁰⁴ Nous parlons ici du fédéralisme étasunien tel qu'il a été créé et non pas de sa mise en œuvre telle qu'elle se présente aujourd'hui. En effet, il est largement reconnu par une grande partie de la doctrine étasunienne qu'une centralisation manifeste s'est produite et que cela modifie l'esprit de la Constitution.

²⁰⁵ Roberto Pimentel, *Curso de direito constitucional*, vol. I, www.scribd.com/doc/2868851/Direito-Constitucional-Vol-I.

²⁰⁶ Article 34 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁰⁷ Article 35 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁰⁸ Article 25 de la *Constitution fédérative de 1988*.

des États ne sont pas limitées par des contraintes posées par la Constitution fédérative, mais doivent partager les principes de cette dernière²⁰⁹.

Une des caractéristiques de la Fédération brésilienne est la reconnaissance des municipalités comme véritable troisième ordre de gouvernement. Celles-ci sont organisées par des constitutions qui leur sont propres, appelées « *lois organiques* ». Leurs compétences, qu'elles soient exécutives, législatives ou financières, sont inscrites dans le texte constitutionnel fédératif²¹⁰. L'autonomie des municipalités a toujours été protégée par les constitutions, durant les régimes démocratiques. Les règles relatives aux élections municipales sont, elles aussi, inscrites dans la Constitution²¹¹ et les municipalités ont été l'ordre de gouvernement principal en matière de soins de santé et d'éducation primaire grâce à leurs compétences et leurs ressources. La *Constitution fédérative de 1988* donne de plus aux communes un statut d'autonomie très important. Les relations intercommunales se sont largement accrues et les regroupements se sont développés pour permettre de mener des projets de plus grande ampleur, partageant les frais et les équipements, que ce soit dans les domaines économique, social ou environnemental²¹². La particularité brésilienne donnant une place importante aux municipalités constitue un point de rapprochement vis-à-vis du fédéralisme *originel*.

Le fédéralisme brésilien, en reconnaissant des éléments identiques aux conceptions étasunienne et canadienne, comme la répartition des compétences inscrite dans la Constitution fédérative et la participation des États membres au droit fédéral, va montrer des points communs avec le fédéralisme étasunien par l'existence, notamment, de Constitutions étatiques. Toutefois, il s'en distingue aussi par certaines particularités. C'est le cas de l'existence, constitutionnellement reconnue, d'entités nouvelles comme les municipalités disposant de pouvoirs importants et notamment de *lois organiques* ayant une valeur quasi-constitutionnelle. Les relations verticales semblent aussi être différentes puisque le fédéral peut intervenir dans les affaires étatiques, dans un certain nombre de cas et les États peuvent, et c'est une particularité importante, faire de même dans les

²⁰⁹ Article 25 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²¹⁰ Articles 30 et 31 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²¹¹ Article 29 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²¹² Voir Wayne A. Selcher, « The Politics of Decentralized Federalism, National Diversification and Regionalism in Brazil », *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 1998, 40 : 4, pp. 37 à 45.

municipalités du fait de la possibilité inscrite dans la Constitution. Cela sera analysé plus précisément dans le chapitre second de ce titre premier.

Il ressort de ces premières analyses que, malgré des points communs notables entre les trois Fédérations comme la participation des États membres au droit fédéral – caractéristique du fédéralisme *originel* – de l’existence d’un pacte constitutionnel suprême relativement rigide et difficile à modifier et qui organise la répartition des compétences, des différences importantes sont manifestes. Cela se retrouve dans les degrés de décentralisation, dans l’organisation des ordres de gouvernement ou dans la répartition des compétences, comme nous allons le voir.

§ 2 Des organisations fédératives variées

Pour illustrer davantage les différences significatives entre la conception *originelle* et la conception *moderne* du fédéralisme de manière à cerner les caractéristiques communes et ainsi la définition du fédéralisme, ce paragraphe aura pour objectif d’analyser plus précisément les organisations *modernes*, propres à chacun des pays que sont les États-Unis, le Canada et le Brésil. Seule une présentation générale des organisations fédératives des trois Fédérations américaines sera faite dans ce premier paragraphe. Une étude plus détaillée sera présentée par la suite.

Ainsi, nous verrons que l’origine de la construction fédérative (c’est-à-dire les conditions historiques, politiques, sociales et économiques) a eu une large influence sur le cadre adopté et dessiné par la constitution fédérative de chaque pays (A), puis nous développerons plus en profondeur le cadre particulier de ces pays (B) pour montrer que chacun possède un « *fédéralisme* » propre.

A) Les origines de la construction fédérative

Avant de commencer les développements sur l’origine de la construction fédérative pour chacune des fédérations étudiées, il convient d’opérer une précision sémantique quant à la différence entre les raisons de la construction fédérale et l’origine, qui sont généralement associées. Les raisons correspondent aux causes qui ont donné lieu à l’adoption de la forme fédérative. Ces raisons, nous l’avons vu dans le A) du paragraphe 1 de cette section 2, sont essentiellement militaires, de sécurité ou économiques. L’origine, quant à elle, est le résultat de processus historique et culturel qui va conduire à la construction d’une Fédération particulière. L’analyse de la construction fédérative dans les trois Fédérations

américaines nous permettra de comprendre les mises en œuvre actuelles du fédéralisme pour comprendre les différences entre elles. Ceci vient donc conforter notre analyse sur la définition du fédéralisme et la recherche d'un *modèle fédératif*.

L'origine de la construction fédérale, nous allons le voir, est variable selon les cas. Chaque Fédération va construire son cadre fédéral selon des phénomènes propres. Nous verrons donc successivement le cas des États-Unis (1), l'origine du fédéralisme canadien (2) et l'origine fédérative du Brésil (3).

1) L'origine du fédéralisme aux États-Unis

À partir du XVIII^{ème} siècle, les citoyens des colonies anglaises aux États-Unis jouissent quasiment des mêmes droits que les Anglais en Angleterre. Leur indépendance était complète à ceci près qu'ils ne disposaient pas de la liberté du commerce et de l'industrie. L'Angleterre détenait le monopole « *exclusif du commerce et de l'approvisionnement d'objets manufacturés pour toutes les colonies* »²¹³. C'est véritablement la question fiscale qui va être à l'origine de la séparation entre l'empire et ses colonies. La législation anglaise permettait aux colons du « *Nouveau Monde* » de ne pas être soumis à l'impôt britannique car ils n'étaient pas représentés au Parlement. L'Angleterre, financièrement affaiblie par la Guerre de Sept ans (1756-1763)²¹⁴, mit en place une taxe dans les colonies et donna le signe qu'elle souhaitait renforcer son contrôle sur celles-ci. Cela marqua le signal de la révolte des colons qui ne voulaient pas d'une emprise et d'un contrôle britannique plus fort. Après des mesures de restriction de la part des Britanniques, le premier Congrès général des colonies américaines se tint le 5 septembre 1774, rédigeant une *Déclaration des droits*, considérée comme un programme à une révolution. À la suite d'un second congrès à Philadelphie le 10 mai 1775, les représentants des États décidèrent de lever une armée et de s'organiser comme un véritable gouvernement fédéral, les gouverneurs ayant été chassés. Après quelques combats contre les Anglais et la bataille gagnée à Boston, le Congrès déclara l'indépendance des treize États le 4 juillet 1776²¹⁵. Cette déclaration fut nommée *Articles of Confederation and perpetual Union*. Un acte

²¹³ Louis Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, LGDJ, 1896, p. 182.

²¹⁴ Hans L. Eicholz, « Alien and Sedition Acts », in Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *Federalism in America*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 2006, p. 21.

²¹⁵ Voir George Alan Tarr, « United States of America », in John Kincaid and George Alan Tarr, *A Global Dialogue on Federalism – Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, vol. 1, Montreal & Kingston-London-Ithaca, McGill – Queen's University Press, 2005, p. 382.

confédératif fut adopté le 4 octobre, puis un second le 9 juillet 1778 après la victoire de Saratoga en 1777. Ce second acte fut signé par les treize États²¹⁶ et créa le premier gouvernement de type fédéral. C'est le Traité de Paris de 1783 qui reconnut officiellement l'indépendance des États-Unis par l'Angleterre. Une convention nationale fut créée et rédigea la future et actuelle Constitution, signée le 17 septembre 1787 et qui entra en vigueur en 1789, établissant le système fédératif étasunien. Ces diverses conditions se différencient donc des conditions prévues par Althusius.

2) L'origine du fédéralisme au Canada

Devenu une Fédération en 1867, le Canada a été le premier pays à allier la tradition parlementaire de responsabilité du gouvernement, fondée sur le modèle de Westminster et des principes fédératifs. Cette combinaison semble avoir pour but de chercher à réconcilier deux conceptions opposées : la tradition parlementaire britannique, axée sur la concentration du pouvoir au sein d'un seul parlement souverain, et les principes fédératifs conçus comme une répartition des modes d'exercice de la souveraineté dans la Fédération. Selon Michael Burgess, ces deux conceptions sont opposées en ce que l'une a opéré une « *fusion des pouvoirs législatif et exécutif* »²¹⁷ pour maintenir une stabilité politique permise par une continuité des élus au niveau parlementaire (la tradition britannique). Pour notre part, nous considérons qu'il serait plus adéquat de parler de collaboration entre les pouvoirs exécutif et législatif car chacun garde – du moins en apparence - une autonomie propre, même si un travail en commun s'impose. L'autre, au contraire, envisage une dissémination des pouvoirs, c'est-à-dire une division et un partage des pouvoirs et des compétences entre différents ordres de gouvernement. En conséquence, le Canada allierait la stabilité et la centralisation du gouvernement unitaire avec la recherche perpétuelle d'équilibre (donc le perpétuel déséquilibre) et la décentralisation.

Il ressort d'anciens documents relatifs aux débats sur la fédération, lors des conférences de Charlottetown et de Québec, en 1864, ou de Londres, en 1866, que l'influence du gouvernement britannique contribua à ce *mélange* politique particulier²¹⁸. Ged Martin pense, quant à lui, que les premières propositions pour la création d'une

²¹⁶ Même si le Delaware le signa en 1779 et le Maryland en 1781.

²¹⁷ Michael Burgess, *Comparative Federalism – Theory and Practice*, London, Routledge, 2006, p. 84.

²¹⁸ Michael Burgess, *op. cit.*, p. 85.

Fédération furent lancées en 1858 par Alexander T. Galt, membre du gouvernement Cartier-Macdonald.

L'influence de John Macdonald fut auparavant décisive, tout comme celle de George-Etienne Cartier. Le premier a exprimé ses idées notamment dans un discours sur un projet d'union en 1865 dans lequel il présentait la nécessité d'une organisation fédérative dans une perspective centralisatrice²¹⁹. Le second avait une vision davantage portée sur la coexistence d'identités multiples et d'une nationalité commune. Il fut proposé de bâtir une Fédération composée de deux ou trois entités ou une Fédération du Canada ou une union de toutes les provinces, avec la participation du Nord-Ouest. La Fédération devait donc être vue, non pas comme solution d'urgence ou de résolution des difficultés de l'époque engendrées notamment par les États-Unis et l'Angleterre, mais bien comme une solution mûrie et de circonstance.

Il semble donc que la *Loi constitutionnelle de 1867* n'émergea pas de manière soudaine et imprévue. Au contraire, ses origines peuvent remonter à l'*Acte de Québec de 1774* et à l'*Acte d'Union de 1840*. En effet, l'Acte de Québec va notamment reconnaître la possibilité d'appliquer le droit civil dans la province du Québec et de le faire coexister avec le *common law*. Il permet également la libre pratique de la religion catholique. Cela permet donc de reconnaître juridiquement la spécificité culturelle québécoise à côté de la spécificité culturelle anglo-saxonne²²⁰. De même, la *Constitution de 1791* va séparer le Québec en deux provinces et donner à la communauté anglophone et à la communauté francophone, une assemblée législative distincte. Ceci permit de donner à chacune des communautés la possibilité d'exprimer leur volonté par la voie législative. Les deux provinces créées furent nommées Haut-Canada et Bas-Canada.

Puis, l'*Acte d'Union de 1840* va avoir des conséquences cruciales sur la future adoption d'une forme fédérative pour le Canada-Uni. L'*Acte de 1840* va unir le Haut et le Bas-Canada dans une même entité politico-juridique. L'Assemblée législative du Bas-Canada va être supprimée. Une seule assemblée va ainsi regrouper les deux assemblées dans une nouvelle province appelée « *Canada-Uni* »²²¹. Le pouvoir législatif sera donc exercé conjointement. Cet Acte du Parlement britannique va également exclure

²¹⁹ Pour davantage de précisions, voir Eugénie Brouillet, *La négation de la nation*, Québec, Editions du Septentrion, 2005, pp. 123 à 126.

²²⁰ Voir Eugénie Brouillet, *op. cit.*, p. 111.

²²¹ À côté de la province du Canada-Ouest, composée majoritairement d'anglophones.

officiellement la langue française de la législation ou renforcer le contrôle des lois coloniales par le pouvoir impérial. Toutes ces mesures avaient évidemment pour but de conduire à une assimilation des francophones à la culture anglo-saxonne. Cependant, la grande instabilité ministérielle, le dysfonctionnement de la démocratie consociative et la forte opposition des francophones, en raison de leur volonté de faire respecter leur identité et leur culture, conduisirent à transformer l'union législative d'abord en une démocratie consociative, puis en un système de type fédératif²²².

La création de la Fédération canadienne est donc davantage due à une volonté de sortir de l'impasse politique de l'époque, due notamment à une instabilité ministérielle²²³. En effet, les provinces ne trouvaient que peu de points d'entente dans une perspective « unitaire » nationale et l'union législative devait être modifiée pour laisser les majorités anglophone et francophone administrer leurs domaines de compétences propres²²⁴. Le rôle de l'Angleterre ne fut pas finalement de bloquer et d'empêcher l'évolution politique et institutionnelle mais au contraire de l'encourager²²⁵. La métropole, ayant compris ce qui se passait depuis quelques années au Canada-Uni décida de l'aider à trouver une forme d'organisation convenant à sa forme et sa nature. Elle le fit d'abord car elle ne pouvait que constater la résistance de la communauté francophone aux politiques d'assimilation²²⁶, mais aussi pour éviter de retrouver une situation de conflit comme celle qui eut lieu aux États-Unis. Le parallèle avec le fédéralisme *originel* est donc peu perceptible.

3) *L'origine fédérative au Brésil*

Ancienne colonie portugaise, le Brésil va promulguer sa déclaration d'indépendance en 1822 et devenir un État unitaire, gouverné par un empereur, avec la *Constitution du 25 mars 1824*. Les débats sur la division territoriale des pouvoirs commencèrent très tôt et même avant la fin de l'époque coloniale et de l'occupation portugaise²²⁷. Pour les

²²² Eugénie Brouillet, *idem*, p. 117.

²²³ Voir Eugénie Brouillet, *idem*, p. 121.

²²⁴ Eugénie Brouillet, *ibidem*.

²²⁵ Voir Michael Burgess, *ibidem* ; Ged Martin, *Britain and the Origins of Canadian Confederation, 1837-67*, Basingstoke and London, Macmillan, 1995.

²²⁶ Eugénie Brouillet, *idem*, p. 121.

²²⁷ Voir Celina Souza, « Federal Republic of Brazil », in John Kincaid et Alan Tarr, *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Montréal & Kingston, McGill – Queen's University Press, 2005, p. 79.

républicains, opposants au régime colonial, le fédéralisme était la principale revendication, davantage que la liberté elle-même. À la suite de nombreuses manifestations en faveur d'une République fédérative, la Constitution fut amendée par la *Loi des réformes constitutionnelles du 12 août 1834*. Cette révision, comme le montre Adalberto Pimentel Diniz de Souza, alla dans un sens fortement fédératif et permit aux pouvoirs locaux de se régir eux-mêmes, reconnaissant des pouvoirs administratifs aux seize provinces, même si celles-ci ne possédaient pas d'autonomie politique de manière formelle²²⁸.

C'est en 1889 que le fédéralisme apparut véritablement au Brésil, à la suite de la chute du régime impérial qui amena la proclamation de la « *République des États-Unis du Brésil* ». Le 22 juin 1890, un projet de constitution fédérative fut proposé. Après quelques modifications, le texte fut adopté le 25 février 1891. Les débats et la volonté d'installer une décentralisation conduisirent à opter pour une organisation fédérative, plutôt qu'unitaire. Si le *modèle* étasunien représentait un référent idéal, la volonté des partisans du fédéralisme n'était pas de calquer scrupuleusement le *modèle* brésilien sur le *modèle* nord-américain, mais de s'en inspirer et de reprendre un certain nombre de traits du fédéralisme étasunien, comme le système présidentiel ou le *judicial review*²²⁹.

La *Constitution de 1891* réalisa la décentralisation promise, permettant de créer une unité dans le pays, recherchée depuis longtemps. Par la suite, la *Constitution de 1934*, résultat du coup d'État de 1930 de Getulio Vargas, reconnut des droits économiques et sociaux et accrût les relations intergouvernementales ainsi que les aides fédérales du gouvernement national aux unités sub-nationales. Les municipalités, troisième unité existante à côté des États et de la fédération, purent lever et collecter leurs propres impôts et reçurent une part des ressources des États. Cependant, il semble que cette Constitution ne permit pas de régler les conflits économiques, sociaux et politiques existants²³⁰. La *Constitution de 1937* fut adoptée durant la présidence de Getulio Vargas et maintenue jusqu'en 1946, date à laquelle une nouvelle Constitution entra en vigueur. Cette Constitution marquée par des idées libérales²³¹, introduit des règles de partage des revenus

²²⁸ Adalberto Pimentel Diniz de Souza, « A mecânica do federalismo », *Revista de informação legislativa*, v. 42, n° 165, jan./mar. de 2005, pp. 169-176.

²²⁹ Voir Jacob Dolinger, « The Influence of American Constitutional Law on the Brazilian Legal System », *American Journal of Comparative Law*, vol. 38, n° 4, Autumn 1990, pp. 812 à 818.

²³⁰ Voir Celina Souza, *op. cit.*, p. 80.

²³¹ Marcus Wyler, « The Development of the Brazilian Constitution », *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 31, No. 3/4, 1949, pp. 56 à 60.

avec les plus petites unités du pays. Elle reste la Constitution à la plus longue durée de vie, ayant résisté à de nombreuses crises. Enfin, une Constitution fut adoptée en 1967 mais ne dura que deux ans. Accompagnée d'une réforme fiscale en 1966, elle conduisit à une forte centralisation des pouvoirs et des ressources²³².

Après plusieurs régimes militaires, la *Constitution fédérative de 1988* consacra la structure fédérative du pays et manifesta la volonté de créer une société plus juste et solidaire par un développement national égalitaire. Elle reconnut que les pouvoirs émanent du peuple, dès son article 1^{er}. Il convient de préciser que dans cette Constitution, la nation n'est pas envisagée en tant que détentrice de la souveraineté, car le Brésil est constitué sur un principe individualiste et non communautaire. La *Constitution fédérative de 1988* est la première constitution brésilienne à se référer directement au fédéralisme. Elle consacre notamment une meilleure distribution des ressources aux unités sub-nationales et une plus grande latitude des législatures au niveau local. Elle maintient aussi les pouvoirs des municipalités concernant leur gestion et leurs pouvoirs de gérer leurs ressources²³³. En cela, un point commun avec le fédéralisme *originel* est concevable, mais le principe fondamental d'organisation autour des communautés et de la mise en avant du groupe sur l'individu sont peu présent dans le fédéralisme brésilien.

Chacun de ces trois pays a donc construit son cadre fédératif selon les conditions de son identité et les besoins qui lui étaient propres à l'époque. Besoins commerciaux ou financiers et plus généralement d'émancipation, des besoins nécessaires à une cohabitation de peuples aux multiples différences, ou encore des besoins liés à l'importance géographique du territoire²³⁴ et à la volonté de donner des pouvoirs à des entités territoriales. L'histoire ou les régimes institutionnels et politiques ont dressé des bases différentes et variées selon les cas et vont permettre de définir des cadres organisationnels variables pour chacun. Cela conduit à donner un premier élément de réponse à la question de l'existence d'un *modèle fédératif* : le fédéralisme dans les trois Fédérations américaines ne s'est pas construit pour les mêmes raisons et trouve des origines différentes. Les conditions dans lesquelles les différents systèmes fédératifs ont été adoptés ne peuvent

²³² Celina Souza, *idem*, p. 81 ; Raul Machado Horta, « Tendências do federalismo brasileiro », *Revista brasileira de estudos políticos*, n°28, janeiro de 1970, p. 39.

²³³ Voir Celina Souza, *idem*, pp. 83-84 ou Paulo Vanderlei Vargas Groff, *L'État fédéral et la démocratie au Brésil : l'application du principe de subsidiarité*, thèse, Paris, 2000, réimprim. Lille, 2002, pp. 233 à 235.

²³⁴ Cela concerne directement le Brésil mais également le Canada et pour une part, les États-Unis.

être considérées comme identiques et donc faire l'objet d'une comparaison selon la méthode des concordances. Néanmoins, on peut tirer de cette analyse l'idée que le système fédératif a été une solution à la difficulté de faire coexister dans un même ensemble des entités distinctes. Ce fut le cas aux États-Unis et au Canada. Au Brésil, si les *raisons de l'adoption de la forme fédérative* ne peuvent pas s'apparenter à la volonté de faire coexister des peuples ou des ensembles hétérogènes. C'est le cas du système présidentiel et de la technique du *judicial review*.

B) Un cadre organisationnel particulier dans chaque pays d'étude

Dans le cadre de notre recherche de la définition du fédéralisme et de l'existence d'un *modèle fédératif*, il s'agira ici d'étudier les trois Fédérations selon les grandes lignes de leurs organisations. Notre analyse, générale²³⁵, portera notamment sur la répartition des compétences et les pouvoirs exécutif et législatif d'un point de vue vertical, c'est-à-dire du point de vue des États membres et du gouvernement fédéral. Nous nous arrêterons dans un premier temps sur l'organisation étasunienne (1), puis dans un deuxième temps sur le cadre organisationnel canadien (2) et dans un troisième temps sur le cadre brésilien (3).

1) L'organisation fédérative étasunienne

Au niveau des États, le pouvoir exécutif est détenu par un gouverneur, alors que le pouvoir législatif, exercé par une législature ou une assemblée générale, selon la dénomination choisie par les États, appartient à deux chambres : une Chambre des représentants et un Sénat²³⁶.

Au niveau fédéral, le pouvoir exécutif est confié au Président des États-Unis²³⁷. Il est chargé de veiller à la bonne exécution des lois et il est pour cela, assisté d'une administration. Le pouvoir législatif est attribué au Congrès par l'article 1^{er} de la Constitution. Le Congrès se compose de deux chambres : la Chambre des représentants et le Sénat.

Les rapports entre le droit fédéral et le droit des États sont organisés selon un principe de répartition des compétences entre chacun des deux ordres de gouvernement, mais tout en

²³⁵ Une analyse plus détaillée sera faite dans le chapitre second du titre premier de cette première partie.

²³⁶ L'État du Nebraska est une exception puisqu'il ne comprend qu'une seule chambre.

²³⁷ Article 2 de la Constitution.

instaaurant une unité nationale. Le droit fédéral est commun à tous les États et s'impose au droit de ceux-ci, mais les cinquante ordres juridiques des cinquante États doivent aussi coexister entre eux. Il existe donc des rapports verticaux, entre les ordres étatiques et l'ordre fédéral et des rapports horizontaux, entre les États. Les rapports verticaux n'ont véritablement lieu qu'en matière législative et judiciaire. Selon Elisabeth Zoller, la répartition des compétences en matière exécutive et le souci de la Cour suprême de respecter les limites de chacun des deux types d'ordre juridique limite considérablement les empiètements en matière exécutive²³⁸. Les États détiennent des garanties pour éviter des empiètements de la part du gouvernement fédéral²³⁹. Ce dernier ne peut dissocier un État de la Fédération sans son consentement²⁴⁰ et aucun État ne peut être privé de ses représentants au Sénat sans son accord²⁴¹.

Il en va différemment en matière législative puisque une répartition stricte des compétences est plus difficilement réalisable. C'est donc les principes de concurrence et de complémentarité qui s'appliquent entre le fédéral et les États²⁴². En effet, si les compétences législatives des États et les matières dans lesquelles ils peuvent agir sont larges et définies, le fédéral dispose d'un pouvoir de légiférer dans la plupart des matières, même de compétence étatique lorsqu'il existe des conséquences économiques. Cela résulte d'abord de la jurisprudence de la Cour suprême qui n'a jamais établi de domaines de compétences exclusives entre les compétences étatiques et fédérale : elle a permis l'extension des pouvoirs du fédéral, dès le début du XIX^{ème} siècle et jusqu'à la fin du XX^{ème} permettant au fédéral de légiférer concurremment dans un domaine de compétence étatique. Cela résulte ensuite de la clause de suprématie de l'article VI (2) de la Constitution donnant la primauté à une loi fédérale sur une loi étatique dans un certain nombre de domaines, comme en matière fiscale. Toutefois, il convient de préciser que, pour éviter de trop grandes revendications des États, le Congrès se contente, la plupart du temps, de légiférer de manière générale pour laisser aux États le soin de préciser les

²³⁸ Voir par exemple, Cour suprême, *Printz v. United States*, 521 US 98 (1997).

²³⁹ Voir Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *Federalism in America*, Wesport, Connecticut, Greenwood Press, 2006, p. 217.

²⁴⁰ Article 4 section 3 de la Constitution.

²⁴¹ Article 5 de la Constitution.

²⁴² George Alan Tarr, « United States of America », in John Kincaid and George Alan Tarr, *A Global Dialogue on Federalism – Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, vol. 1 Montreal & Kingston-London-Ithaca, McGill – Queen's University Press, 2005, pp. 388-389.

applications concrètes de la loi et sa mise en œuvre²⁴³. Il résulte donc une double action de la part du fédéral et des États pour régler une matière de compétence traditionnellement étatique. Les deux ordres vont donc agir de manière complémentaire.

2) L'organisation fédérative canadienne

Le fédéralisme canadien est caractérisé par une véritable décentralisation législative, protégée par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Celle-ci organise le partage des compétences législatives et les domaines de compétence des provinces et du fédéral. Ce partage ne peut être modifié que par une procédure particulière nécessitant l'accord d'au moins deux tiers des provinces²⁴⁴. La répartition des compétences implique donc l'existence de deux niveaux de gouvernement ayant chacun une compétence législative. Ce sont les articles 91, 92 et 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui reconnaissent au fédéral et aux provinces des organes législatifs propres ayant des compétences exclusives. Chacun des deux ordres a ainsi des pouvoirs de nature identique et aucun des deux ordres n'a de supériorité sur l'autre²⁴⁵.

En ce qui concerne la participation des provinces à la législation fédérale, il convient de souligner que le Canada ne remplit pas cette condition. En effet, la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que les sénateurs représentent à la fois les régions et les provinces et ne sont pas élus²⁴⁶, mais nommés par le Gouverneur général sur proposition du Premier ministre fédéral²⁴⁷. La Chambre des communes, quant à elle, est composée de députés représentant l'ensemble de la collectivité canadienne et n'ont aucun mandat représentatif de la part des provinces.

Le Canada connaît la même forme de répartition des pouvoirs que son voisin étasunien. En pratique, les responsabilités administratives sont confiées au niveau de gouvernement qui en détient aussi la responsabilité législative. Au Canada, le pouvoir législatif est généralement laissé à la compétence exclusive, soit du Parlement fédéral, soit des législatures des provinces²⁴⁸, ce qui est différent des États-Unis où les pouvoirs

²⁴³ Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *op. cit.*, pp. 218 et 219.

²⁴⁴ Article 38 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ; voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Yvon Blais, 2008, p. 409.

²⁴⁵ Voir Comité judiciaire du Conseil privé, *Hodge c. La Reine*, (1883-84), 9 A.C. 117.

²⁴⁶ Article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

²⁴⁷ Selon une convention constitutionnelle.

²⁴⁸ Même si des compétences concurrentes sont aussi prévues comme l'immigration (article 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*), l'agriculture (article 95), les pensions (94 A).

exclusifs du fédéral sont limités et la plupart du temps, partagés et simultanés. Les compétences provinciales sont énumérées dans le texte constitutionnel, alors qu'aux États-Unis ce sont les compétences fédérales exclusives qui sont inscrites dans la Constitution. Il existe un double avantage à attribuer un domaine de compétence exclusivement à un ordre de gouvernement : cela renforce son autonomie et par là même, sa responsabilité ; les deux étant liés car l'un ne peut véritablement exister sans l'autre. Cependant, il existe un décalage avec la pratique, selon Ronald Watts, qui constate que des chevauchements sont tout de même présents du fait de l'impossibilité à encadrer de manière définitive les compétences exclusives de chaque ordre de gouvernement. Ainsi, pour lui, « *l'inévitabilité des chevauchements et le besoin de partage des compétences et de collaboration* »²⁴⁹ ont entraîné la définition de secteurs étendus de compétences législatives simultanées. Cela signifie que le gouvernement fédéral pourra édicter des lois d'envergure fédérative, s'appliquant à toute la Fédération et laisser aux gouvernements régionaux la compétence de faire des lois plus précises et propres à la situation locale. Il convient de signaler qu'en cas de compétence simultanée, la loi fédérale aura généralement une valeur supérieure à la loi étatique.

En effet, le partage des compétences au Canada est clairement déterminé pour un certain nombre de domaines. Par exemple, la compétence relative au domaine des forces armées ou de la défense relève de l'entité fédérale alors que les institutions municipales sont de la compétence provinciale. Toutefois, il existe des matières pour lesquelles la répartition n'est pas si clairement exercée²⁵⁰. Le gouvernement fédéral pourra, sous certaines conditions, agir dans des domaines de compétence provinciale. C'est, par exemple, le cas du régime des taxes. Le Parlement fédéral détient la compétence exclusive de prélever des ressources par tout moyen de taxation, en vertu de l'article 91 (3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Néanmoins, les provinces ont le pouvoir, également exclusif, de créer des taxes directes dans le territoire de la province et à des fins provinciales, en vertu de l'article 92 (2)²⁵¹. Une difficulté s'ajoute à cela. En effet, le gouvernement fédéral peut prélever des impôts directs dans les provinces pour des fins fédérales²⁵² si cela a une portée

²⁴⁹ Ronald Watts, *Comparaison des régimes fédéraux des années 90*, Montreal & Kingston – London – Ithaca, Institut des relations intergouvernementales, 1998, p. 38

²⁵⁰ Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, pp. 463 et 464.

²⁵¹ Voir Comité judiciaire du Conseil privé, *Citizens Insurance Co. c. Parsons*, (1881) 7 A.C. 96.

²⁵² Voir Comité judiciaire du Conseil privé, *Caron c. La Reine*, (1924) A.C. 999

générale. Or, les lois fiscales ne doivent pas déterminer à quoi ses recettes seront utilisées : les fins sont donc impossibles à connaître. Cela peut donc conduire à des immixtions du pouvoir fédéral dans les provinces.

Il en est de même pour le droit privé, qui est normalement de compétence provinciale, selon l'article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pourtant, il est des domaines de compétence en droit privé qui, par exception, sont de compétence fédérale. C'est notamment le cas en matière d'échanges et de commerce²⁵³, ou bien en ce qui concerne la navigation et le commerce maritime, les affaires bancaires et monétaires, les poids et les mesures, la faillite et l'insolvabilité, les lettres de change et les billets à ordre, les brevets d'invention ou de découverte, les droits d'auteurs ou le mariage et le divorce²⁵⁴. À côté de ces cas d'exception, les provinces ont une compétence de principe en matière de droit privé. Cela concerne les relations entre particuliers et notamment la protection des consommateurs²⁵⁵, la réglementation des professions (avec également le paragraphe 16 de l'article 92 et la *Loi constitutionnelle de 1867*), du commerce intra-provincial de biens ou de services particuliers, de la propriété ou des droits civils. L'article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* concerne également le droit du travail²⁵⁶, mais exclut les droits *publics ou politiques* comme les libertés fondamentales²⁵⁷ et la législation de la fonction publique fédérale²⁵⁸. La fonction publique provinciale est plutôt envisagée aux articles 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par exception à la compétence provinciale en matière de droit privé, le fédéral dispose de compétences exclusives telles que les lois relatives aux échanges et au commerce, (article 91 (2)), ou relatives aux affaires bancaires (article 91 (15)) et monétaires, les brevets (article 91 (22)), les droits d'auteurs (article 91 (23)), le mariage ou le divorce (article 91 (26)) ou la navigation et le commerce maritime (articles 91 (9) à (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et 92 (7) et (10) a) et b))²⁵⁹. Dans ce dernier cas, par exemple, les provinces peuvent légiférer sur la célébration du mariage, c'est-à-dire les formalités précédant le mariage, le

²⁵³ Article 91 (2) de la Loi constitutionnelle de 1867.

²⁵⁴ Articles 91 (10), (14) à (23) et (26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

²⁵⁵ Voir Cour suprême, *P.G. Québec c. Kellogg's Co of Canada*, (1978) 2 R.C.S. 211.

²⁵⁶ Voir Comité judiciaire du Conseil privé, *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, (1925) A.C. 396.

²⁵⁷ Voir Cour suprême, *Scowby c. Glendinning*, (1986) 2 R.C.S. 226, 234 et 235 ou *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, (1988) 2 R.C.S. 680 et 695.

²⁵⁸ Article 91 (8) de la Loi constitutionnelle de 1867, voir Cour suprême, *S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général)*, (1987) 2 R.C.S. 2.

²⁵⁹ Cela exclut les entreprises locales de transport maritime qui relèvent de la compétence exclusive des provinces en vertu de l'article 92 (10).

consentement des parents en cas de minorité de l'intéressé²⁶⁰, les sanctions comme la nullité²⁶¹ ou les effets du mariage comme les obligations des conjoints et les conséquences patrimoniales²⁶².

Il existe également des domaines de compétence double. Le droit criminel est de compétence fédérale en vertu de l'article 91 (27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais l'article 92 (15) donne les types de peines auxquelles les provinces pourront recourir pour sanctionner les atteintes à ce droit. Ces peines pourront se matérialiser par des amendes, des pénalités, des peines d'emprisonnement pour faire respecter les lois de la province prises en vertu de l'article 92²⁶³. Cette double compétence concerne également le droit pénal²⁶⁴.

Les provinces sont titulaires de la compétence de l'administration de la justice, de la création de tribunaux de juridiction civile et criminelle et du règlement de la procédure civile, selon l'article 92 (14). Enfin, l'éducation relève, elle, de la compétence provinciale, en vertu de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le cadre fédératif canadien manifeste donc une particularité par rapport au cadre fédératif de son voisin étasunien. C'est notamment le cas en ce qui concerne la participation des provinces à la législation fédérale ou la compétence législative exclusive qui est reconnue à la fois au Parlement fédéral et aux provinces.

3) L'organisation fédérative brésilienne

La fédéralisation centrifuge de 1891 amena la création d'États par la dissociation de l'empire unitaire. Aujourd'hui, la République fédérative du Brésil est composée de vingt-six États fédérés, d'un district fédéral et de communes. Ces trois types d'entités ont un statut reconnu par la Constitution et sont dotées d'un statut particulier. Toutes sont autonomes et représentent un niveau de gouvernement à part entière.

La séparation verticale des pouvoirs entre les trois entités que sont le district fédéral, les États et les communes est assurée par leur autonomie et leurs compétences. Pour Manoel Gonçalves Ferreira Filho, le principe d'autonomie provient du pouvoir

²⁶⁰ Voir Comité judiciaire du Conseil privé, *Kerr c. Kerr*, (1934) R.C.S. 72.

²⁶¹ Voir Comité judiciaire du Conseil privé, *Renvoi sur le mariage*, (1912) A.C. 880, 887.

²⁶² Voir Comité judiciaire du Conseil privé, *In re Adoption Act*, (1938) R.C.S. 398.

²⁶³ Voir Cour d'appel Québec, *Ville de Beaconsfield c. Bourbonnière*, (1995) R.J.Q. 1997, 2000.

²⁶⁴ Article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

originaires, propres à la nation²⁶⁵. La *Constitution fédérative de 1988* marque une volonté de se départir de toute centralisation. Ainsi, en sus des États, les communes sont dotées d'une autonomie par la détention de pouvoirs législatifs et exécutifs propres. Cette autonomie des entités fédérées se caractérise par une absence de lien de subordination vis-à-vis de l'Union²⁶⁶ et par une capacité d'auto-organisation. Les États détiennent tous une constitution propre²⁶⁷ et les communes peuvent créer des lois organiques les régissant²⁶⁸.

Au sein des États fédérés, le pouvoir exécutif est détenu par un gouverneur, élu pour quatre ans par le peuple. Il n'est aucunement soumis à l'Union et conduit la politique de l'État. Le pouvoir législatif est exercé par une assemblée législative unicamérale composée de députés dont le nombre varie en fonction des États. Les États ayant une compétence résiduelle²⁶⁹, leur champ d'action est large. Les États ont aussi un pouvoir judiciaire propre²⁷⁰, organisé par leur Constitution. Enfin, ils ont une compétence fiscale assurant leur autonomie financière²⁷¹: ils peuvent lever des impôts et créer des taxes²⁷² en respectant les règles prévues dans la constitution fédérative.

Les communes ont un statut égal à celui des États ou du District fédéral. Le maire est titulaire du pouvoir exécutif et n'est soumis à aucune autorisation préalable pour l'édiction de ses actes. Il est élu pour quatre ans par les citoyens et le pouvoir législatif est détenu par le Conseil municipal. Les communes détiennent aussi des compétences en matière fiscale et peuvent créer des impôts et des taxes²⁷³.

Le district fédéral, quant à lui, constitue une entité *sui generis* et jouit de compétences législatives et fiscales propres.

En ce qui concerne la répartition des compétences, la compétence de principe revient, en général aux États et les compétences d'attribution à l'Union et aux communes. L'Union est donc en charge des matières d'intérêt général, les États des matières d'intérêt régional et les communes d'intérêt local.

²⁶⁵ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Poder Constituinte*, 2^{da} ed., São Paulo, Saraiva, 1985, n° 125 et s.

²⁶⁶ On nomme « *Union fédérale* » le pouvoir fédéral brésilien.

²⁶⁷ Article 25 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁶⁸ Article 29 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁶⁹ Article 25 §1 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁷⁰ Article 125 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁷¹ Article 155 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁷² Article 145 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁷³ Articles 156 et 145 de la *Constitution fédérative de 1988*.

L'Union détient la responsabilité des relations internationales, des domaines politiques d'intérêt général, des services publics, des domaines économiques et sociaux, et de nombreuses matières juridiques²⁷⁴. Les États, quant à eux, ont une compétence de principe sur ce qui n'a pas été attribué à un autre ordre de gouvernement, nous l'avons dit, et ont des compétences exclusives concernant notamment la création de communes²⁷⁵, l'exploitation des services de gaz²⁷⁶ ou l'organisation des agglomérations urbaines²⁷⁷, etc... Les États détiennent une compétence résiduelle pour les autres matières.

Enfin, la Constitution n'énonce pas de manière exhaustive les compétences des communes, mais la formulation de leur champ d'intervention (les « *matières d'intérêt local* ») permet une grande marge d'interprétation. Il est néanmoins possible de déterminer des domaines de compétences propres aux communes comme les services publics d'intérêt local²⁷⁸, les transports en commun²⁷⁹, l'éducation préscolaire et l'enseignement fondamental²⁸⁰, les soins²⁸¹, l'aménagement du territoire²⁸², etc... Elles peuvent aussi agir de concert avec le gouvernement fédéral, dans certains cas.

Chaque ordre de gouvernement peut agir conjointement ou parallèlement à un autre ordre dans les cas prévus par la Constitution. Une analyse plus approfondie sera faite dans la section deux du chapitre consacré à la répartition variable des pouvoirs.

Les rapports entre la fédération et les États sont surtout descendants car le gouvernement fédéral va prendre des mesures qui auront la plupart du temps une influence sur les États. Néanmoins, ces derniers agissent également dans un mouvement ascendant vers la fédération. Les États ont le pouvoir de participer à la prise de décision de la fédération par le biais de la chambre des députés et du Sénat. Les députés, représentant le peuple, sont élus à la proportionnelle et leur nombre varie en fonction de la population d'une région et

²⁷⁴ Droit civil, commercial, pénal, procédural, électoral, agraire, maritime, aéronautique, de l'espace, du travail, de la circulation, des transports, de l'eau, de l'énergie, des télécommunications, de la radiodiffusion, de l'informatique, etc... (articles 21 et 22 de la *Constitution fédérative de 1988*).

²⁷⁵ Article 18 §4 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁷⁶ Article 25 §2 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁷⁷ Article 25 §3 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁷⁸ Article 30 I et V de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁷⁹ Article 30 V de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁸⁰ Article 30 VI de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁸¹ Article 30 VII de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁸² Article 30 VIII de la *Constitution fédérative de 1988*.

peut aller de huit à soixante-dix. Le Sénat représente les États et constitue la seconde Chambre composant le pouvoir législatif au niveau fédéral. Trois sénateurs sont élus par État au scrutin majoritaire²⁸³. Le Sénat est également compétent pour juger le Président de la République pour des « *crimes de responsabilité* »²⁸⁴, après autorisation de la Chambre des députés. Il doit voter, réuni en Congrès avec la Chambre des députés, pour la ratification d'un traité international²⁸⁵ et peut être à l'initiative d'une révision constitutionnelle si un tiers de ses membres le demande²⁸⁶.

Si la Constitution a permis aux États et aux communes de jouir d'une grande autonomie en prévoyant une non-intervention du fédéral dans les États²⁸⁷ ou dans les communes²⁸⁸, des cas exceptionnels ont été prévus pour déroger à cette règle. Le gouvernement fédéral ne pourra agir dans une commune, sauf si celle-ci se situe sur un Territoire fédéral. Sinon, seul un État pourra agir dans une commune, si celle-ci est située sur son territoire. Les raisons d'intervention prévues par la Constitution sont la défense du pays²⁸⁹, la défense du principe fédératif²⁹⁰, la défense des finances de l'État²⁹¹ ou la défense de l'ordre constitutionnel²⁹². La défense du pays a un double aspect puisqu'elle vise à protéger l'intégrité nationale lorsqu'elle est menacée, soit de la part de l'extérieur, soit de l'intérieur. La défense des finances concerne les cas où un État n'a pas effectué le paiement de sa dette pendant plus de deux ans ou bien quand il a interrompu le transfert des fonds revenant aux communes. Enfin, la défense de l'ordre constitutionnel vise les cas où un État n'exécute pas une loi fédérale, une décision judiciaire ou lorsqu'il ne respecte pas un principe constitutionnel essentiel.

²⁸³ Article 46 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁸⁴ Article 52 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁸⁵ Article 49 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁸⁶ Article 60 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁸⁷ Article 34 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁸⁸ Article 35 de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁸⁹ Article 34 I et II de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁹⁰ Article 34 III, IV et V de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁹¹ Article 34 V de la *Constitution fédérative de 1988*.

²⁹² Article 34 VI et VII de la *Constitution fédérative de 1988*.

CONCLUSION

Il ressort de ce chapitre que le fédéralisme a largement évolué depuis sa théorisation par Althusius. Le fédéralisme *originel* défini par le juriste allemand dont les éléments essentiels étaient l'existence d'une véritable communion entre les entités composant le pays et des rapports verticaux ascendants forts entre les communautés, ne se retrouvent pas aujourd'hui. Un fédéralisme *moderne* s'est développé depuis la construction des États-Unis et a fait largement évoluer le fédéralisme. Cela s'explique, entre autre, par un passage de la théorie à la pratique mais également par une évolution (ou d'une différence) des rapports entre les membres d'une société et entre les membres et les institutions. Les rapports sont devenus principalement descendants du fait du poids considérable détenu par le gouvernement fédéral. De plus, les rapports horizontaux se sont multipliés et renforcés pour consolider le pouvoir des États et des collectivités locales. Ce fédéralisme *moderne* a mis en avant de nouveaux éléments essentiels comme l'existence d'au moins deux ordres de gouvernement et surtout une reconnaissance constitutionnelle de ces règles. Cependant, les Fédérations *modernes* ont chacune un cadre et une organisation particuliers qui se sont construits selon des raisons et des origines variables. Des raisons historiques différentes pour chacun des trois pays que nous avons étudiés, ainsi que des raisons politiques, ont conduit à déterminer un cadre fédératif approprié à chaque cas. Ce premier chapitre ne permet donc pas de pouvoir déterminer de *modèle* de fédéralisme, mais a contribué à identifier des éléments structurants du fédéralisme : le caractère contractuel de la Fédération, la répartition des compétences (par l'organisation et le rôle de chaque composante de la Fédération)²⁹³ et la subsidiarité (en tant que principe répartiteur issu et conséquence de la répartition des compétences). C'est à partir de ces éléments que nous chercherons à construire une **définition** du fédéralisme. Nous analyserons chacun de ces éléments dans les trois Fédérations américaines. Nous verrons s'il est possible de dégager un *modèle* commun dans la mise en œuvre de ces éléments structurants ou si ceux-ci font l'objet d'une

²⁹³ Les compétences ne se limitent pas aux seules compétences législatives et exécutives mais comprennent également les compétences financières qui sont le moyen de mettre en œuvre les compétences législatives et exécutives.

adaptation si importante dans chaque système fédératif qu'ils ne peuvent être vus que comme des *outils fédératifs*, c'est-à-dire des instruments dont l'application diverge.

CHAPITRE SECOND

LES MULTIPLES FORMES DE FÉDÉRALISME : UNE RÉPARTITION VARIABLE DES COMPÉTENCES LÉGISLATIVES ET EXÉCUTIVES

La recherche de l'équilibre entre diversité et unité dans la logique fédérative conduit à établir une répartition des compétences législatives entre le gouvernement fédéral et les gouvernements étatiques. Au gouvernement fédéral sont généralement confiées les compétences ordonnées à des fins communes, alors qu'aux gouvernements étatiques sont laissées les compétences spécifiques aux particularités régionales. Selon Ronald Watts : *« la caractéristique institutionnelle définissant ces fédérations a donc été la combinaison, dans un système politique unique, du partage des pouvoirs et de l'autonomie gouvernementale par la répartition constitutionnelle des compétences entre les gouvernements fédéral et régionaux »*²⁹⁴.

La répartition des compétences²⁹⁵, élément structurant du fédéralisme, varie en fonction des systèmes, de la diversité des sociétés et des objectifs de chacun. De plus, les conditions de création de chaque Fédération ont une influence sur la répartition des compétences. Lorsque la formation de la Fédération s'est réalisée par l'association d'entités distinctes, un système a généralement été organisé, n'attribuant que peu de compétences législatives exclusives au gouvernement fédéral et laissant les compétences résiduelles aux entités composant la Fédération. C'est, par exemple, le cas des États-Unis. Au contraire, le Brésil étant un pays unitaire à l'origine, il a vu sa formation se

²⁹⁴ Ronald L. Watts, *Comparaison des régimes fédéraux*, 2^{ème} éd., Montréal et Kingston-London-Ithaca, Institut des relations intergouvernementales, Presses universitaires McGill-Queen's, 2002, p. 37.

²⁹⁵ Nous distinguons les compétences et les pouvoirs. Les compétences sont les champs d'intervention matériels détenus par chaque ordre de gouvernement alors que les pouvoirs désignent l'ensemble des capacités d'action, d'un point de vue législatif, exécutif, parfois financier. Cela représente la capacité d'agir. Les compétences font donc partie des pouvoirs des ordres de gouvernement.

différencier du cas étasunien, puisque les compétences des États membres ont été déterminées, alors que les compétences résiduelles ont été attribuées au gouvernement fédéral. Ces deux cas ne sont pas les seuls existants puisque d'autres ont su combiner le processus d'association et celui de division. Le Canada, lui, a su allier le transfert de compétences et la reconnaissance de compétences fédérales exclusives, provinciales exclusives et simultanées (partagées). L'ordre de gouvernement fédéral s'est vu attribuer les compétences résiduelles.

Les Fédérations de tradition anglo-saxonne suivent généralement une règle selon laquelle les compétences exécutives suivent les compétences législatives. Cela signifie que tout ordre de gouvernement qui détient des compétences législatives dans des domaines précis, détient également les compétences exécutives correspondant aux domaines attribués. C'est le cas des trois Fédérations américaines²⁹⁶. Il est possible de voir trois intérêts à l'application de cette règle²⁹⁷. Tout d'abord, cela permet de renforcer l'autonomie des pouvoirs législatifs pour chaque entité de la Fédération. Ensuite, cela donne la capacité à chaque gouvernement de pouvoir faire appliquer les lois qu'il vote. Enfin, et c'est le cas du Canada, lorsque l'exécutif est responsable devant la législature, celle-ci a donc un pouvoir de contrôle sur l'exécution des lois et sur l'organe exécutif. Pour autant, une répartition stricte et définitive des pouvoirs et des compétences n'est jamais possible car les domaines d'action se chevauchent et se partagent parfois de manière concurrente. Cela conduit donc à une coopération entre les différentes entités, que ce soit de manière verticale entre le gouvernement fédéral et ceux des États membres, ou bien de manière horizontale entre les gouvernements des États. Ce principe coopératif est un principe fondamental de la logique fédérative et résulte des échanges nécessaires entre les entités fédératives.

Ce chapitre commence l'analyse des éléments structurants du fédéralisme identifiés dans le chapitre premier et a pour objectif d'analyser les différentes répartitions des compétences au sein des trois systèmes fédératifs que sont le Canada, le Brésil et les

²⁹⁶ Voir Ronald L. Watts, *op. cit.*, p. 39. Cela est reconnu pour le cas du Canada, dans la décision du Comité judiciaire du Conseil Privé, *Bonanza Creek Gold Mining Co c. R.* (1916) 1 A.C. 566 et 580 ou dans la décision Cour d'appel, *R. c. Secreay of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex parte : The Indian Association of Alberta* (1982) 2 All E.R. 118.

²⁹⁷ Ronald Watts, *ibidem*.

États-Unis selon une perspective organique, et d'en voir les variations (**section 1**). Il s'agira ensuite d'étudier le principe coopératif ainsi que la structure et l'organisation des compétences qui, selon les asymétries politiques ou constitutionnelles, engendreront des degrés variés de coopération (**section 2**). Ces analyses auront pour objectif de constater s'il existe ou non des convergences entre les trois systèmes fédératifs étudiés, pour identifier les premiers éléments de **définition** du fédéralisme *moderne*, afin de constater si un *modèle fédératif* d'organisation des pouvoirs peut être établi.

Section 1 L'organisation variable des compétences exécutives et législatives en système fédératif : une perspective organique

Pour établir les premiers éléments de **définition** du fédéralisme et apporter un début de réponse à la question de l'existence ou non d'un *modèle fédératif*, nous allons analyser l'organisation des compétences législatives et exécutives dans les trois Fédérations américaines. L'objectif de cette première section sera de montrer que chaque Fédération a construit son cadre constitutionnel ²⁹⁸ selon ses propres conditions historiques, culturelles ou économiques, empêchant de se référer à un « *cadre fédératif* » déterminé. L'étude de l'organisation des compétences amène, avant d'étudier le cadre établi ainsi que les règles adoptées, à s'interroger sur la construction de l'organisation de la Fédération, c'est-à-dire les conditions dans lesquelles la Fédération va se créer, pour constater l'existence de constitutions hétéroclites (§1). L'organisation verticale des compétences sera le second point analysé dans cette section, de manière à constater l'existence d'agencements diversifiés (§2).

§ 1 L'organisation générale de la Fédération : des constitutions hétéroclites

Un cadre général offrant diverses possibilités dans la détermination de la répartition des compétences (A) va être le fruit de la construction et de l'évolution des systèmes variables selon les cas (B).

²⁹⁸ Le cadre constitutionnel est l'organisation constitutionnelle, telle qu'elle a été prévue et encadrée selon son environnement.

A) Les diverses formes de la répartition des compétences

La détermination de la répartition des compétences dépend du mode de construction de la Fédération (1). Lorsque le mode est déterminé, le choix de différentes formes de répartition des compétences pourra alors s'effectuer (2).

1) La détermination de la répartition des compétences selon la construction de la Fédération

La construction de la Fédération peut relever de deux types, nous allons le voir. Selon le type adopté, la répartition des compétences sera particulière.

Il est de l'essence même du texte constitutionnel fédératif que de déterminer le meilleur équilibre des pouvoirs entre la fédération et les entités composantes, sous le contrôle d'un arbitre juridictionnel pour sanctionner les débordements de compétence. Le résultat diffère donc selon chaque Fédération, tout à la fois quant à la teneur de l'équilibre des pouvoirs et quant aux mécanismes d'arbitrage juridictionnel. Deux types peuvent être distingués : le fédéralisme « *intégrant* » et le fédéralisme « *décentralisateur* »²⁹⁹. Le fédéralisme intégrant se rapporte à un système cherchant à atteindre l'unité dans la diversité à partir d'entités indépendantes ou confédérées à l'origine. La création d'un gouvernement fédéral ne doit pas conduire à transférer les compétences des États membres, mais à les coordonner pour créer une union. Les États-Unis entrent dans cette catégorie. Le fédéralisme décentralisateur, au contraire, envisage un système qui était unitaire où les compétences sont décentralisées vers de nouvelles entités qui le composent du fait de la nouvelle organisation de l'État. Les nouvelles entités acquièrent une autonomie et les responsabilités qui l'accompagnent. Dans ce cas, le but est d'organiser la diversité dans l'unité. Ceci correspond au cas du Brésil et dans une certaine mesure au Canada. Il va sans dire qu'une division rigide des compétences du gouvernement fédéral et des entités fédérées n'est que peu respectée en pratique. De nombreux cas de double législation existent et la Cour constitutionnelle est chargée de déterminer l'instance compétente dans le domaine pour créer une norme. Pour trouver des solutions aux problèmes qui en résultent, la concertation et la coopération entre les

²⁹⁹ Koen Lenaerts, « Constitutionalism and the Many Faces of Federalism », *The American Journal of Comparative Law*, 1990, vol. 38, p. 206.

différents ordres de gouvernement sont des procédés qui ont été mis en place et qui sont très utilisés dans les systèmes fédératifs³⁰⁰.

2) Les différentes formes de répartition des compétences

Il existe différentes formes de répartition de l'autorité législative. Trois formes sont généralement distinguées. La première forme se rapporte aux compétences législatives exclusives. Dans ce cas, la majorité des compétences législatives ont reçu une attribution exclusive aux entités composant la Fédération, c'est-à-dire soit à l'entité fédérale, soit aux entités fédérées. C'est le cas du Canada et du Brésil mais cela est largement différent dans le cas étasunien puisque les compétences attribués en exclusivité sont bien moindres, en particulier pour ce qui est de l'entité fédérale, et que lui sont surtout reconnus des compétences simultanées (concurrentes). L'avantage d'attribuer des compétences exclusives peut se trouver à un double niveau. Premièrement, l'entité qui se voit attribuer ces compétences exclusives en sort d'autant plus responsable puisqu'elle est seule à pouvoir agir (*a priori*) dans les domaines qui lui ont été ainsi dévolus. Deuxièmement, cela permet de contribuer au respect d'un principe d'autonomie des entités fédérées qui est un principe fondamental dans la logique fédérative. Néanmoins, il faut indiquer que dans la pratique, cette séparation n'est jamais aussi étanche que cela et que les chevauchements sont inéluctables. Le Canada en est un exemple explicite puisque la *Loi constitutionnelle de 1867* n'a jamais permis de dégager de solutions claires pour certaines compétences ce qui a conduit à des concurrences entre les entités fédérale et provinciales³⁰¹.

La deuxième forme de répartition de l'autorité législative concerne les compétences législatives simultanées. Dans un certain nombre de Fédérations, du fait de l'inéluctabilité des chevauchements de compétence, de nombreuses compétences législatives « *simultanées* » ou partagées ont été prévues dans la Constitution. C'est le cas aux États-Unis à la section 2 du XVIII^{ème} amendement³⁰². La Constitution brésilienne

³⁰⁰ Voir, par exemple, Gérard Veilleux, *Les relations intergouvernementales au Canada, 1867-1967*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 1971, 144 p. ; Koen Lenaerts, *op. cit.*, p. 240 ; David Cameron and Richard Simeon, « Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism », *Publius*, Vol. 32, n°. 2, *The Global Review of Federalism* (Spring, 2002), pp. 92-122.

³⁰¹ Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, p. 445.

³⁰² « *Le Congrès et les divers États auront concurremment le pouvoir de donner effet au présent article par une législation appropriée* ».

en fait également mention³⁰³. Au Canada, par contre, il n'existe que peu de domaines de compétences partagées³⁰⁴. Le partage des compétences apporte alors une certaine liberté d'action et d'adaptation puisqu'il laisse aux gouvernements étatiques la liberté d'agir tant qu'ils le peuvent et de n'envisager une intervention de l'autorité fédérale qu'en cas de besoin et lorsque la question revêt une importance fédérale. Autrement dit, le pouvoir fédéral utilise sa compétence simultanée pour agir sur l'ensemble de la Fédération et laisse aux gouvernements étatiques la capacité de légiférer sur les détails et l'application selon les conditions locales. Nous souhaitons préciser que dans les cas de compétences simultanées entre les ordres de gouvernement étatique et fédéral, il est généralement prévu que la loi fédérale l'emporte sur la loi étatique. Toutefois, ce n'est pas toujours le cas puisqu'au Canada, dans le domaine des pensions de vieillesse, c'est la loi provinciale qui prévaut.

Enfin, la troisième forme de répartition de l'autorité législative se rapporte aux compétences résiduelles³⁰⁵. Ce sont les compétences qui ne sont pas prévues par le texte constitutionnel. Une tendance montre que dans les Fédérations créées par un processus d'association comme les États-Unis, le pouvoir résiduel est généralement dévolu aux gouvernements des États membres. Dans d'autres cas où le processus d'association a été suivi d'un transfert de compétences à partir d'un régime unitaire davantage centralisé, les pouvoirs résiduels ont alors plutôt été attribués au gouvernement fédéral³⁰⁶. Le cas du Canada va pourtant à l'encontre de cette tendance puisque cette Fédération est née d'un processus d'association et le pouvoir résiduel a été confié au gouvernement fédéral. L'importance des pouvoirs résiduels dépend du nombre de compétences législatives prévues. Ainsi, plus ces dernières sont nombreuses, moins le pouvoir résiduel est important. Pour le Brésil ou également le Canada où les compétences législatives fédérales exclusives, étatiques exclusives et simultanées sont énumérées de manière importante dans le texte constitutionnel, le pouvoir résiduel revêt moins d'importance que pour le cas étasunien où les compétences résiduelles des États ont été envisagées de

³⁰³ Article 23 de la *Constitution fédérative de 1988*.

³⁰⁴ Agriculture (article 95), immigration (article 95), exportation des ressources naturelles non renouvelables des produits forestiers ou de l'énergie électrique (article 92 A sections 2 et 3), et pensions et prestations des personnes âgées (article 94 A).

³⁰⁵ Nous souhaitons préciser qu'au Canada, c'est davantage l'adjectif « résiduaire » qui est utilisé.

³⁰⁶ Ronald L. Watts, *Comparaison des régimes fédéraux*, 2^{ème} éd., Montréal et Kingston-London-Ithaca, Institut des relations intergouvernementales, Presses universitaires McGill-Queen's, 2002, p. 41.

manière générale pour laisser à ceux-ci une marge de manœuvre. Aux États-Unis, pour contrebalancer les pouvoirs des États protégés par la Constitution, les tribunaux ont reconnu des « *pouvoirs implicites* » au gouvernement fédéral, centralisant par là même les pouvoirs. Certaines constitutions d'États membres prévoient des pouvoirs prépondérants ou d'urgence en faveur du gouvernement fédéral, lui donnant la possibilité d'agir dans des cas précis et dans des domaines qui ne relèvent normalement pas de sa compétence. Les Constitutions canadienne et brésilienne sont des exemples illustrant cette situation. Dans le cas de la Constitution canadienne, cela est prévu pour différents pouvoirs. C'est le cas du pouvoir de réserve et du pouvoir de désaveu qui permettent dans le premier cas de soumettre un projet de loi provinciale à l'appréciation du gouvernement fédéral ou dans le second cas d'annuler une loi³⁰⁷. Il en va de même pour le pouvoir déclaratoire qui permet au gouvernement fédéral de dessaisir le gouvernement provincial pour agir sur des « *travaux* » qui auraient, selon lui, un intérêt national ou pour plusieurs provinces³⁰⁸. Dans cette même logique, le pouvoir d'urgence du fédéral donne le pouvoir au gouvernement fédéral de légiférer pour « *la paix, l'ordre et le bon gouvernement* » dans des domaines de compétence législative provinciale³⁰⁹ en cas de situation de crise³¹⁰. Pour le Brésil, la Constitution prévoit qu'en cas d'urgence, le Président peut émettre des mesures provisoires ayant force de loi, après approbation du Congrès³¹¹.

Outre l'organisation constitutionnelle de répartition des compétences propre à chaque Fédération, la répartition selon les ordres de gouvernement diffère d'une Fédération à l'autre selon les forces existantes et les équilibres à atteindre. Dans les Fédérations de tradition anglo-saxonne, la répartition des responsabilités administratives correspond le plus souvent à la répartition des pouvoirs législatifs. On retrouve cela dans les trois Fédérations américaines.

³⁰⁷ Articles 55, 56, 57 et 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais également prévu par une convention constitutionnelle.

³⁰⁸ Articles 91 (29) et 92 (10) c de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

³⁰⁹ Article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et jurisprudences de la Cour suprême (voir ci-après).

³¹⁰ La situation de crise a été reconnue en temps de paix s'il y a urgence. Voir Cour suprême, *Avis sur la Loi anti-inflation* (1976) 2 R.C.S.

³¹¹ Article 62 de la *Constitution fédérative de 1988*.

Trois grandes formes de répartition du pouvoir législatif sont donc envisageables. Les combinaisons parmi celles-ci sont variables et chaque Fédération aura donc le choix d'adopter les formes qu'elle souhaite appliquer au sein de son propre système. Un cadre général ne peut être déterminé puisque les différences sont trop importantes. Le choix de l'organisation de la Fédération se fera également en prenant en compte la construction et l'évolution du système fédératif.

B) Les évolutions variées des systèmes canadien, brésilien et étasunien dans la répartition des compétences

Après avoir vu comment la construction des trois Fédérations s'était réalisée à travers l'organisation des compétences prévues par le texte constitutionnel, nous allons analyser les évolutions des trois systèmes fédératifs pour savoir si un mouvement analogue peut être constaté. Pour illustrer les évolutions variées des systèmes fédératifs que nous étudions, nous nous arrêterons d'abord sur l'évolution de la Fédération étasunienne par l'analyse du développement de sa Constitution (1), puis nous analyserons le processus d'évolution de la Fédération canadienne (2), pour voir enfin l'évolution de la Fédération brésilienne (3).

1) L'évolution de la Fédération étasunienne

Si la Constitution étasunienne a établi un cadre de répartition des compétences entre les entités étatiques et fédérale, elle a connu d'importants changements, conduisant à une évolution de cette répartition (a). Cette évolution a notamment été influencée et conduite par l'interprétation juridictionnelle de la Cour suprême (b).

a) L'évolution de la répartition des compétences aux États-Unis

L'évolution de la Constitution étasunienne peut se mesurer par l'adoption des divers amendements. L'adoption d'amendements liés à la répartition des compétences va servir à protéger les pouvoirs des États face à l'entité fédérale. Un revirement de tendance va s'opérer avec la ratification du XVI^{ème} amendement en 1913, qui va permettre de renforcer très largement les pouvoirs de l'entité fédérale.

Le X^{ème} amendement de la Constitution, ratifié en 1791, permet d'officialiser ce qui n'était qu'implicite auparavant : tous les pouvoirs n'ayant pas été dévolus au gouvernement fédéral sont de compétence étatique. Toutefois, l'interprétation et l'utilisation de cet amendement ont évolué au fil du XX^{ème} siècle. La Cour suprême, jusque dans les années trente du XX^{ème} siècle, se servait de cet amendement pour limiter

le pouvoir détenu par le fédéral aux termes de la *Interstate Commerce Clause* et de la *Taxing and Spending Clause*³¹². Néanmoins, dès 1937, la Cour suprême changea de position du fait de son soutien au Président Franklin D. Roosevelt et à sa politique du *New Deal*³¹³. Dans les années 1990, quelques décisions de la Cour suprême se basèrent également sur le X^{ème} amendement pour invalider certaines lois fédérales³¹⁴.

Le XI^{ème} amendement, adopté en 1798 pour renverser la décision *Chisholm v. Georgia*³¹⁵ de 1793, permit de protéger l'immunité souveraine des États en évitant qu'un État puisse être poursuivi devant une cour fédérale par un citoyen d'un autre État sans son consentement. Dans les années 1990 et 2000, la Cour suprême s'appuya sur les dispositions du XI^{ème} amendement pour limiter la possibilité du pouvoir fédéral de s'immiscer dans un procès entre un État et un individu et pour restreindre les possibilités pour un justiciable de poursuivre un État devant une cour fédérale³¹⁶. Pourtant, c'est le XIV^{ème} amendement, ratifié en 1868, qui eut le plus grand impact sur la répartition des compétences dans le système étasunien. La section 1 définit la citoyenneté fédérale et étatique, points n'ayant pas été abordés par la Constitution. La section 2 interdit aux États de promulguer toute loi qui réduirait les droits des citoyens des États-Unis, alors que la section 5 donne la possibilité au Congrès de faire respecter cet article par sa propre législation si elle est appropriée. De manière générale, le XIV^{ème} amendement concerne la protection des droits contre les empiètements des États. Durant la dernière période du XIX^{ème} siècle et le premier tiers du XX^{ème}, la Cour suprême étasunienne utilisa le XIV^{ème} amendement pour protéger les droits de propriété contre la réglementation des États. Pour Ellis Katz, le XIV^{ème} amendement a permis d'apporter des changements fondamentaux dans la nature du fédéralisme étasunien et a conduit à renforcer les

³¹² Ces deux « *clauses* » sont issues de l'article 1 section 8 de la Constitution. Voir par exemple, *Carter v. Carter Coal Company*, 296 U.S. 238 (1936) ; ou *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936).

³¹³ Voir *National Labor Relations Board v. Jones and Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. 1 (1937) ; ou *Steward Machine Company v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937).

³¹⁴ Voir *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

³¹⁵ Cour suprême, *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. 419 (1793). Cette décision permettait aux citoyens d'un État de poursuivre devant les tribunaux fédéraux un autre État sans que celui-ci ne l'accepte. L'immunité de chaque État était prévue par le texte constitutionnel.

³¹⁶ Voir par exemple Cour suprême, *United States v. Lopez*, (1995) 514 US 549 ou Cour suprême, *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, (1996) 517 US 441. Pour plus de précisions sur ce thème, voir Susan Gluck Mezey, « The U.S. Supreme Court's Federalism Jurisprudence: Alden v. Maine and the Enhancement of State Sovereignty », *Publius : The Journal of Federalism*, vol. 30, n°1, winter 2000, pp. 21-38.

pouvoirs et les responsabilités des États et du gouvernement fédéral³¹⁷. Enfin, le XVI^{ème} amendement permet au gouvernement fédéral, depuis 1913, de percevoir l'impôt sur le revenu et a un impact substantiel sur l'expansion du pouvoir fédéral.

Une première analyse montre que le fédéralisme étasunien a maintenu d'abord le poids des États membres face au fédéral. À la suite de la crise des années trente, cette tendance s'inversa pour laisser et reconnaître davantage de pouvoirs à l'entité fédérale. Un élément de convergence avec l'évolution du fédéralisme canadien est manifeste : une centralisation s'est opérée à la suite de la crise des années trente, notamment par la reconnaissance par les cours suprêmes de pouvoirs aux gouvernements et aux Congrès fédéraux.

b) La Constitution étasunienne et le rôle de l'interprétation juridictionnelle de la Cour suprême

La Cour suprême a joué un rôle fondamental dans l'évolution de la répartition des compétences aux États-Unis³¹⁸. Au début du XIX^{ème} siècle et sous l'influence du juge John Marshall, la Cour suprême permit au gouvernement fédéral de voir ses pouvoirs élargis. Un des exemples les plus symboliques est la décision *McCulloch v. Maryland*³¹⁹ de 1819, dans laquelle la Cour explique que les compétences dévolues au gouvernement fédéral par la Constitution doivent être interprétées de manière large. Il en va de même avec la section 8 de l'article I qui va servir de fondement à l'élargissement des pouvoirs du gouvernement fédéral. Cinq ans plus tard, dans la décision *Gibbons v. Ogden*³²⁰, la Cour adopta une vision très large des pouvoirs du Congrès pour réguler le commerce interétatique. Il convient d'ajouter que le juge Marshall utilisa les pouvoirs du *judicial review* pour invalider certaines lois étatiques allant à l'encontre des droits de propriété³²¹. À partir des années 1880, la Cour suprême consacra une vision plus réduite de l'autorité

³¹⁷ Ellis Katz, « United States of America », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, McGill – Queen's University Press, 2006, p. 308.

³¹⁸ voir Ellis Katz, « The US Supreme Court in the Integration of American Federalism », in Edmon Orban, *Fédéralisme et Cours Suprêmes/Federalism and Supreme Courts*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1991, pp. 35-58.

³¹⁹ Cour suprême, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S., 316 (1819).

³²⁰ Cour suprême, *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824).

³²¹ Cour suprême, *Fletcher v. Peck*, 6 Cranch 87 (1810) ; *Dartmouth College v. Woodward*, 7 U.S. [4 Wheaton] 518 (1819).

fédérale dans le domaine économique³²². Pendant la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle et le premier tiers du XX^{ème}, la Cour suprême garda une vision étroite du pouvoir du Congrès visant à ne pas limiter le pouvoir des États³²³. Néanmoins, elle veillait également aux règles adoptées par les États dans le domaine économique, défendant l'idée selon laquelle les États ne devaient pas porter atteinte aux droits des individus et au XIV^{ème} amendement, sans respect du *due process of law*³²⁴. La Cour suprême semblait donc vouloir protéger la liberté des individus face aux atteintes pouvant être portées par le Congrès ou les États. La Cour suprême garda une vision restrictive des compétences fédérale et étatique jusqu'en 1937, mais à la suite de la réélection du Président Roosevelt en 1936 et les conséquences de son *court packing plan*³²⁵, la Cour suprême laissa l'exercice de l'*Interstate Commerce Clause* et de la *Taxing and Spending* sous l'autorité de l'entité fédérale.

Selon Ellis Katz, si la répartition des compétences est cohérente avec le cadre fixé par la Constitution rédigée par les *Pères fondateurs*, le champ des activités fédérales s'est largement élargi et la nette distinction entre les rôles des États membres et du gouvernement fédéral est devenue très floue³²⁶. Si pour certains³²⁷, le fédéralisme étasunien actuel n'a plus rien à voir avec l'esprit et le cadre définis par la Constitution originelle, d'autres considèrent que la Constitution est un document vivant et pouvant offrir de nombreuses interprétations, de manière à répondre aux besoins de chaque période. Le fédéralisme étasunien contemporain repose sur des États forts et un

³²² Voir Cour suprême, *United States v. E.C. Knight Company*, 156 U.S. 1 (1895), Ellis Katz, « United States of America », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, McGill – Queen's University Press, 2006, p. 320.

³²³ George Alan Tarr, « United States of America », in John Kincaid et Alan Tarr, *A Global Dialogue on Federalism - Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, vol.1, Montréal & Kingston, McGill – Queen's University Press, 2005, p. 390.

³²⁴ Le XIV^{ème} amendement énonce à sa section 1 : « *Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; ni ne refusera une égale protection des lois à quiconque relève de sa juridiction* ». La décision la plus symptomatique est *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

³²⁵ Après sa réélection en 1936, le Président Roosevelt fut à l'origine de lois lui permettant de nommer un juge supplémentaire à la Cour suprême pour tout juge dépassant l'âge de soixante-dix ans. Mais, cela avait pour but de nommer des juges favorables à sa politique du *New Deal*. Voir Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *Federalism in America*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 2006, p. 618.

³²⁶ Ellis Katz, *idem*, p. 316.

³²⁷ Ellis Katz, *ibidem*.

gouvernement fédéral également puissant. Le gouvernement fédéral qui était plutôt faible durant le XIX^{ème} siècle du fait de la force centrifuge des gouvernements étatiques et régionaux et de la Guerre civile, est sorti renforcé par la victoire. Ainsi, les amendements qui suivirent cette période, l'expansion vers l'Ouest et l'industrialisation rapide du pays renforcèrent l'entité fédérale dès le XX^{ème} siècle. Par la suite, si les États-Unis connurent une importante centralisation à partir des années trente jusqu'aux années soixante, certains États membres renforcèrent leurs institutions, grâce à la perception d'importants revenus, et purent ainsi représenter davantage leur population. À partir des années quatre-vingt, les États furent généralement forts, grâce à des ressources financières stables et importantes, ce qui leur permit de jouer un rôle dans les décisions politiques dans le cadre fédéral.

Les États-Unis ont donc connu d'abord une période dans laquelle les États membres jouissaient d'un poids important face au gouvernement fédéral. Une seconde période a vu le renversement de cette tendance, notamment par l'action du pouvoir judiciaire et de la Cour suprême qui a interprété le texte constitutionnel en faveur du gouvernement fédéral. Enfin et à partir des années quatre-vingt, les États membres retrouvèrent un poids conséquent.

2) L'évolution de la Fédération canadienne

Afin de rechercher des convergences entre les évolutions des trois systèmes fédératifs américains pour en déterminer un *modèle*, nous allons analyser l'évolution de la Fédération canadienne. Pour comprendre le processus d'évolution de chaque Fédération, il apparaît profitable de comprendre l'esprit général de chaque constitution, de façon à mieux comprendre l'évolution suivie par chacune d'entre elles. L'esprit général de la Constitution canadienne (a) a permis de construire un certain type de fédéralisme, conduisant à une répartition des compétences particulière. Cette répartition a subi des modifications tout au long de l'évolution de ce système (b).

a) L'esprit général de la Constitution canadienne

La présence de deux importantes communautés au Canada (les anglophones et les francophones) et le refus du peuple francophone d'assimiler la culture, la religion et la langue du peuple anglophone eurent de grandes conséquences sur la construction de la Fédération canadienne et notamment sur la division des pouvoirs. Pour Richard Simeon et Martin Papillon, la particularité de la Fédération canadienne se caractérise par deux

points essentiels³²⁸. Premièrement, la création de la Fédération n'a pas été le produit d'une révolution. À la différence des États-Unis, la Constitution canadienne ne met pas en place des règles précises et cohérentes établissant un gouvernement aux pouvoirs limités, un équilibre entre les différentes entités et une séparation des compétences. La Constitution canadienne n'a pas vocation à codifier l'ensemble des règles constitutives de l'État. Elle répond davantage à des problèmes politiques, économiques et de sécurité. Au lieu de rejeter le *modèle* britannique, comme ce fut le cas pour la Constitution étasunienne, le Canada suivit le *modèle* de l'empire britannique avec une Constitution aux principes similaires. De plus, le Canada ne devint pas indépendant, au contraire de son voisin, lors de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais continua à faire partie de l'empire. Deuxièmement, deux visions s'affrontèrent lors des débats constitutionnels. Le *leader* anglophone Sir John A. Macdonald défendait l'idée d'un d'un nouveau pays britannique nord-américain, s'étendant de l'Atlantique au Pacifique. Il aurait préféré la création d'un État de type unitaire³²⁹. Dans une logique de fédération, Georges Etienne Cartier voulait, lui, un système préservant la communauté francophone, ses valeurs et sa culture ; jouissant donc d'une autonomie³³⁰. La *Loi constitutionnelle de 1867* reflète donc les tensions existantes à l'époque. Pour certains, cette Constitution met en place un système très centralisé, que K.C. Wheare qualifie de « *quasi-federal* »³³¹ sur le *modèle* des relations entre le Royaume-Uni et le Canada : le Sénat représentait les régions mais ses membres étaient nommés par le Premier ministre, le Gouverneur général nommait les lieutenant-gouverneurs qui avaient le pouvoir d'émettre des réserves sur la législation provinciale et de laisser au gouvernement fédéral le soin de l'examiner. L'article 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne ainsi au gouvernement fédéral le pouvoir d'invalidier une loi provinciale, tout comme l'article 92 (10) (C) combiné à l'article 91 (29) qui permettent au gouvernement fédéral de déclarer des « *travaux* », normalement de compétence provinciale, comme d'intérêt national ou de plusieurs provinces. Dans ce cas, la compétence reviendra au gouvernement fédéral. Plus généralement, l'article 91, délimitant les compétences législatives fédérales, donne au

³²⁸ Richard Simeon and Martin Papillon, « Canada », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, McGill – Queen's University Press, 2006, pp. 98 et 99.

³²⁹ Eugénie Brouillet, *La négation de la nation*, Québec, Les Editions du Septentrion, 2005, p. 126.

³³⁰ Voir Richard Simeon and Martin Papillon, *op. cit.*, p. 98.

³³¹ K.C. Wheare, *Federal Government*, 4th ed., London, Oxford University Press, 1963, p. 20.

gouvernement central la possibilité de faire toute loi « *pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement* » sur toute matière qui ne relève pas de la compétence exclusive des provinces. Cela lui permet donc d'avoir une compétence résiduelle importante³³². Pour les juridictions, cette clause ne donne pas un pouvoir total à l'entité fédérale. Elle justifie une action du fédéral en cas d'urgence nationale et elle permet une intervention du fédéral dans les domaines de nature nationale³³³. L'urgence s'apparente à une situation de crise qui peut être reconnue même en temps de paix et laissée à la discrétion du gouvernement fédéral³³⁴. En conséquence, le critère-clé de justification de la compétence fédérale est l'incapacité provinciale qui sera interprétée par le gouvernement fédéral.

Les règles originelles de répartition des compétences mettent en exergue quatre éléments importants. Tout d'abord, chaque ordre de gouvernement a le pouvoir de légiférer, de gérer ses finances et de mettre en œuvre les politiques relatives aux champs de compétence qui lui sont attribués. Ensuite, le texte constitutionnel n'attribue pas seulement des champs de compétence aux ordres de gouvernement, mais également des instruments pour mettre en œuvre leurs politiques. C'est le cas avec le pouvoir de percevoir des ressources fiscales, le pouvoir de dépenser et de réguler ces instruments. Le pouvoir de dépenser n'est pas expressément prévu par le texte constitutionnel, mais il ne va pas à l'encontre de celui-ci³³⁵. Ces deux premiers éléments ont une importance certaine dans l'évolution des compétences puisqu'ils permettent à chaque ordre de gouvernement d'ajouter à ses compétences de nouveaux champs de nature publique. Enfin, le fait que la *Loi constitutionnelle de 1867* ne contienne pas de Charte des droits et que la *Charte canadienne des droits et libertés* n'ait été adoptée qu'en 1982, a conduit selon Martin Papillon et Richard Simeon à une conception particulière du texte constitutionnel³³⁶. La Constitution était vue auparavant comme un contrat entre les différents gouvernements : avec l'adoption de la Charte des droits et libertés en 1982, elle est apparue davantage comme un contrat entre les individus et les gouvernements.

³³² Pour des développements sur le pouvoir résiduaire voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, pp. 566 et 567.

³³³ On parle de « *national concern* » voir Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 2000, p. 431.

La doctrine de l'intérêt national a été reconnue très tôt par les tribunaux et permet au gouvernement fédéral de légiférer sur toute matière de portée nationale ou ayant un intérêt pour la Fédération. Voir Comité judiciaire du Conseil privé, *Russel c. La Reine*, (1882) 7 A.C. 829.

³³⁴ Voir l'Avis sur la Loi anti-inflation, (1976) 2 R.C.S. 373.

³³⁵ Cour suprême, *Lovelace c. Ontario*, (2000) 1 R.C.S. 950.

³³⁶ Martin Papillon et Richard Simeon, *idem*, p. 100.

Cela a donc fortement accru le rôle des cours de justice et notamment celui de la Cour suprême, qui a contribué à agir pour l'équilibre des pouvoirs entre les entités fédérale et provinciales.

L'esprit de la Constitution canadienne met donc en place un système fédératif bien différent de celui qui existe chez le voisin étasunien. Ce texte va attribuer des compétences à chaque ordre de gouvernement et les pouvoirs pour les mettre en œuvre. Il ressort clairement que la constitution va permettre des évolutions et notamment prévoir de larges pouvoirs pour l'entité fédérale, notamment par l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

b) Évolution de la répartition des compétences au Canada

Pour le Canada, comme pour de nombreux pays, le fédéralisme est un système, pas un modèle fixe. Ainsi, dans les premiers temps, le gouvernement fédéral exerçait une forte influence sur les provinces et marquait le fédéralisme canadien de sa prédominance. Par la suite, une série de facteurs conduisit à éroder cette supériorité fédérale. Premièrement, la récession économique de la fin du XIX^{ème} siècle affaiblit la légitimité du gouvernement fédéral. Deuxièmement, de grands *leaders* politiques provinciaux exercèrent une influence importante au Parlement fédéral. La première conférence interprovinciale fut organisée par Honoré Mercier et Oliver Mowat en 1887, conduisant à d'âpres revendications envers le gouvernement fédéral. Troisièmement, des matières comme l'énergie hydroélectrique, l'énergie minière, prirent de l'importance en faveur des provinces, tout comme le développement permis par l'État-providence. Quatrièmement, les juridictions, sous l'influence du Comité Judiciaire du Conseil Privé en raison de la règle du *stare decisis*³³⁷, allèrent dans le sens des provinces, et les arrêts rendus se prirent en faveur de ces dernières, réduisant les pouvoirs du fédéral. Par exemple, les compétences du gouvernement fédéral sur le commerce furent interprétées de manière limitée et ses actions sur les affaires internationales furent réduits³³⁸.

³³⁷ Règle jurisprudentielle britannique liant les tribunaux par certaines décisions antérieures rendues dans des cas similaires.

³³⁸ Sur ce deuxième point, la décision du Comité judiciaire du Conseil privé, *A.-G. Canada c. A.-G. Ontario*, (1937) A.C. 326, précise que si le fédéral détient le pouvoir de négocier les traités, leur application doit être conforme à la répartition des pouvoirs prévue par les articles 91 et 92 de la *Loi*

À partir des années 1920, le fédéralisme canadien se rapprocha plutôt d'un système dualiste. La Grande Dépression des années trente conduisit à une reprise en main des pouvoirs par le gouvernement fédéral qui revint en première ligne pour mener une politique de soutien massif au pays tout entier. La prédominance du rôle du fédéral et la centralisation durant cette période conduisirent certains à parler d'« *obsolescence du fédéralisme* »³³⁹. À la suite de la Seconde Guerre mondiale, comme beaucoup d'autres pays, le Canada adopta une politique keynésienne avec un gouvernement fort dans les domaines économique et social. Les provinces n'ayant pas les capacités financières pour mettre en œuvre tous les pouvoirs dont elles jouissaient, des amendements constitutionnels furent adoptés pour transférer la compétence dans un certain nombre de matières des provinces vers le gouvernement fédéral³⁴⁰. Cependant, trois provinces (l'Ontario, la Colombie-britannique et le Québec) s'opposèrent à de nouveaux transferts de compétences. Le gouvernement fédéral utilisa donc les moyens qu'il détenait pour mettre en place une politique d'État-providence – tout particulièrement par le biais du pouvoir de dépenser³⁴¹. Grâce à ce pouvoir, il pouvait transférer des fonds aux provinces pour des matières relevant de leurs compétences, mais en leur imposant des conditions³⁴².

Puis, dans les années soixante-dix, une nouvelle période débuta. La période de l'État-providence s'acheva et des divisions régionales contre le gouvernement fédéral se développèrent. La « *Révolution tranquille* » québécoise, qui réclamait la reconnaissance constitutionnelle de la particularité du peuple québécois, eut un impact sur l'ensemble du pays. Cela accrut la volonté de décentralisation et de réduction du poids du fédéral dans les politiques provinciales à travers les aides financières conditionnées. S'ajoutant à cela, des conflits interprovinciaux et entre le fédéral et les provinces se développèrent à propos

constitutionnelle de 1867. Ajoutons que la *Loi constitutionnelle de 1867* ne prévoit pas de pouvoir du fédéral sur les affaires internationales.

³³⁹ Voir Harold Laski, « The Obsolescence of Federalism », *New Republic*, 3, May 1939, pp. 367 à 369.

³⁴⁰ Le rapport Rowell-Sirois de 1941 fut à l'origine de ces transferts, notamment économiques, des provinces vers le gouvernement fédéral : il proposait de transférer le montant des impôts directs ou la responsabilité de l'assurance chômage et des pensions de vieillesse au gouvernement d'Ottawa. Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *op. cit.*, pp. 415 et 416.

³⁴¹ Le pouvoir de dépenser signifie qu'un ordre de gouvernement peut utiliser ses ressources financières dans des matières qui ne relèvent pas de sa compétence si cela ne s'accompagne pas d'une mesure législative ou réglementaire.

³⁴² Ces transferts de fonds sont aussi appelés aides financières conditionnées. Voir Douglas Brown, « Fiscal Federalism : The New Equilibrium between Equity and Efficiency », in Herman Bakvis and Grace Skogstad, *Canadian Federalism : Performance, Effectiveness and Legitimacy*, Toronto, Oxford University Press, 2002, pp. 59 à 85.

des ressources énergétiques concernant la fixation des prix, les taxes sur ces matières et la régulation ou la gestion³⁴³.

Enfin, au sortir du XX^{ème} siècle, deux tendances caractérisaient le fédéralisme canadien. D'un côté, une crise fiscale et financière et le développement concomitant des politiques néolibérales visant à réduire le rôle du pouvoir politique qui conduisirent à une réduction substantielle des transferts conditionnels aux provinces dès 1995. D'un autre côté, une inquiétude se développa de la part du peuple canadien concernant les implications de ces évolutions pour les standards en matière de politiques sociales. La réponse intergouvernementale donnée fut le *Social Union Framework Agreement* en 1999, qui tenta d'établir de vastes objectifs pan-canadiens et un consensus intergouvernemental permettant d'atteindre ces objectifs collectivement, entente à laquelle le Québec fut la seule province à refuser d'adhérer en raison des empiétements fédéraux qu'elle légitimait et organisait en matière de politiques sociales, matière relevant de la compétence des provinces

Il n'existe pas de facteur unique à l'évolution de la répartition des compétences au Canada. Ces facteurs sont institutionnels, historiques, culturels et économiques. Le modèle de Westminster de gouvernement parlementaire, qui donne une grande importance aux négociations, a permis de mener à bien des projets régionaux en collaboration avec le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux. La doctrine est pourtant divisée dans son analyse du degré de centralisation du fédéralisme canadien. Les partisans du caractère décentralisé du fédéralisme canadien considèrent que les compétences attribuées aux provinces sont bien plus importantes que celles attribuées aux États membres d'autres Fédérations. Un des arguments avancés consiste à dire que les compétences législatives attribuées aux provinces sont généralement exclusives, ce qui accroît leur autonomie³⁴⁴. Il convient d'indiquer que la détention exclusive de compétences ne permet en rien de constater une forme d'autonomie. La détention de compétences doit s'accompagner de moyens pour mettre en œuvre ces pouvoirs et impliquer également que l'entité fédérale ne puisse s'immiscer dans ces

³⁴³ G. Bruce Doern and Glen Toner, *The Politics of Energy*, Toronto, Methuen, 1985, 523 p.

³⁴⁴ C'est par exemple le cas de Ronald L. Watts ou de Richard Simeon.

champs de compétence. Le pouvoir de dépenser³⁴⁵ du gouvernement fédéral canadien, lui permettant d'agir dans des domaines de compétence provinciale, peut donc représenter une limitation à l'autonomie des provinces et au degré de décentralisation du système fédératif canadien³⁴⁶.

Le degré de décentralisation peut également se mesurer à la capacité des États membres d'une Fédération à participer aux décisions fédérales. Or, et nous développerons ce point plus loin dans ce travail, la participation des provinces aux décisions fédérales reste assez limitée, notamment en raison du poids restreint du Sénat, représentant les provinces. C'est la position défendue par la partie de la doctrine considérant que le fédéralisme canadien est allé et va encore dans le sens d'une centralisation progressive. Cette position, que nous partageons, est également justifiée par la tendance suivie par les juridictions canadiennes et notamment la Cour suprême : le rôle des cours de justice a eu un effet non négligeable. Elles ont, selon les époques, interprété les règles posées par le texte constitutionnel tant en limitant les compétences fédérales qu'en les renforçant. C'est notamment le cas respectivement du Comité judiciaire du Conseil privé et par la suite de la Cour suprême³⁴⁷. Les interprétations du texte constitutionnel par le Comité judiciaire du Conseil privé sont d'abord allées dans le sens d'une protection de l'autonomie et de l'indépendance des provinces et donc d'une préservation de l'équilibre entre les pouvoirs fédéral et provinciaux³⁴⁸. La Cour suprême alla dans un sens totalement inverse par la suite, selon une philosophie évolutive de l'interprétation du texte constitutionnel en accord avec les attentes de la société (notamment de la majorité anglophone). Ceci porta la Cour suprême à aller dans un sens centralisateur en accroissant les pouvoirs législatifs du gouvernement fédéral³⁴⁹. Ce phénomène centralisateur se manifeste, par exemple, par la reconnaissance du pouvoir

³⁴⁵ Le pouvoir de dépenser consiste à permettre à un ordre de gouvernement de dépenser dans un domaine qui ne fait pas partie de ses compétences s'il ne légifère ou ne réglemente pas dans ce domaine. Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, p. 428.

³⁴⁶ Eugénie Brouillet, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », *Les cahiers de droit*, vol. 45, n° 1, Université Laval, mars 2004, p. 32.

³⁴⁷ Le Comité judiciaire du Conseil privé est un organe exerçant les fonctions de tribunal et de conseil. Il se situe au Royaume-Uni, mais sa compétence s'étend à divers pays membres du Commonwealth, comme le Canada. Il était la juridiction de dernière instance jusqu'en 1949. Il a été remplacé pour cette dernière fonction par la Cour suprême du Canada.

³⁴⁸ Eugénie Brouillet, *La négation de la nation*, Québec, Les Editions du Septentrion, 2005, pp. 213 à 218. Voir, par exemple, les décisions *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, (1892) A. C. 348 ; ou *In re the Initiative and Referendum Act*, (1919) A.C. 935.

³⁴⁹ Eugénie Brouillet, *idem*, p. 264.

fédéral d'empiéter³⁵⁰ ou le pouvoir fédéral de dépenser³⁵¹. Ces facteurs ont donc joué dans l'évolution de la répartition des compétences.

Il convient donc de noter que malgré une rigidité constitutionnelle de la répartition des compétences, une indéniable flexibilité caractérise le fédéralisme canadien qui a su évoluer par des pratiques autres que constitutionnelles, la plupart du temps.

Dans une perspective évolutive, nous considérons donc qu'à la suite d'une division *originelle* plutôt centralisée des pouvoirs, une période de protection et parfois de renforcement des pouvoirs des provinces a été manifeste. Un renversement de cette tendance à partir de la moitié du XX^{ème} siècle ne peut qu'être constaté, débouchant sur une centralisation des pouvoirs toujours d'actualité. On assiste à un retour au centralisme du fédéralisme canadien du fait des pouvoirs du gouvernement fédéral, qui détient de larges capacités pour agir. Si les provinces jouissent de pouvoirs plus importants que ceux détenus par d'autres États membres parties à d'autres Fédérations (comme le Brésil), ces pouvoirs sont fragiles car ils dépendent en bonne partie de la propension du gouvernement fédéral au pouvoir à envahir les domaines de compétence provinciale et de l'interprétation du partage des compétences privilégiée par la Cour suprême dont tous les juges sont nommés par lui.

3) L'évolution de la Fédération brésilienne

La construction de la Fédération brésilienne commence à se réaliser à la suite de l'abdication de l'empereur en 1831. À partir de ce moment-là, les pouvoirs détenus par l'empereur vont être distribués de manière évolutive selon les périodes (a). Il en résulte, aujourd'hui, une répartition des compétences propre à la *Constitution fédérative de 1988* (b).

³⁵⁰ Le pouvoir fédéral d'empiéter peut se définir comme le « *pouvoir du Parlement fédéral d'adopter en certaines occasions des dispositions dont l'objet même relève d'une compétence provinciale* » Henri Brun, « L'évolution récente de quelques principes généraux régissant le partage des compétences entre le fédéral et les provinces », *Congrès annuel du Barreau du Québec*, 1992, Québec, 11-13 juin 1992, service de la formation du Barreau du Québec, p. 24. À titre illustratif, voir la décision de la Cour suprême, *R. c. Zelinski*, (1978) 2 R.C.S. 940.

³⁵¹ Le pouvoir de dépenser est défini comme le fait pour un ordre de gouvernement de « *dépenser de l'argent en des matières qui relèvent de l'autre ordre de gouvernement, dans la mesure où, de faisant, il ne légifère pas relativement à ces matières, ne les régleme pas, ne les régit pas* » par les Professeurs Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 428. Voir par exemple, Cour suprême, *Y.M.H.A. Jewish Community Center of Winnipeg Inc. c. Brown*, (1989) 1 R.C.S. 1532.

a) Évolution des compétences dans la Fédération

Avant l'abdication de l'Empereur Pedro I^{er} en 1831, la première Constitution est promulguée en 1824. Elle organise un régime parlementaire dirigé par un « *régent-citoyen* » qui attend que le futur empereur atteigne la majorité pour régner lui-même. Cette Constitution, de tendance centralisatrice, avec une forte concentration des pouvoirs dans les mains de l'entité fédérale, prévoit une certaine forme de décentralisation³⁵² en créant des assemblées locales et en donnant des pouvoirs aux provinces³⁵³. Un système de partage des revenus est mis en place, ainsi qu'un système juridictionnel local, avec des conseils locaux chargés de gouverner sur leur territoire. Du fait de mécontentements dans les différentes provinces et de soulèvements violents donnant lieu parfois à de véritables guerres civiles, une nouvelle Constitution fut promulguée en 1841. Celle-ci alla à l'encontre de la Constitution précédente et conduisit à une centralisation des pouvoirs, réduisant le rôle des assemblées locales et réorganisant le système juridictionnel³⁵⁴. Le véritable changement résulta de la proclamation d'une République fédérative brésilienne le 15 novembre 1889. S'ensuivit l'adoption de la *Constitution du 24 février 1891*. Les pouvoirs du Président furent renforcés dès les premières années, et cela accrut les conflits entre le gouvernement fédéral, les États et les municipalités³⁵⁵ jusque dans les années 1930. À cette époque, la volonté dans la répartition des compétences et des responsabilités fut de réduire le poids des États. La *Constitution de 1934* introduisit ainsi de nouveaux éléments : les « *présidents des États* » devinrent des « *gouverneurs* » et perdirent de leurs pouvoirs. D'abord, les gouverneurs perdirent le contrôle de leur police militaire qui fut désormais sous le contrôle de la Fédération³⁵⁶. Ensuite, les municipalités acquirent un degré plus important d'autonomie, au détriment des gouverneurs qui perdirent leur contrôle sur les responsables des communautés locales³⁵⁷. Néanmoins, c'est le système fédératif lui-même qui connut de sérieux changements à cette époque et plus

³⁵² Marcelo Piancastelli, « The Federal Republic of Brazil », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, McGill – Queen's University Press, 2006, p. 72.

³⁵³ Les États ne furent créés qu'avec la *Constitution de 1891*.

³⁵⁴ Marcelo Piancastelli, *ibidem*.

³⁵⁵ Comme l'entité fédérale ou les entités fédérées, les municipalités ont, au Brésil, un statut particulier. Tout au long de ce travail, lorsque nous ferons référence à cette troisième sphère de compétences, nous les qualifierons de manière indifférenciée de *communes* ou de *municipalités*. Ces deux termes désigneront les mêmes objets.

³⁵⁶ David Fleischer, « Book Review », *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 1998, vol. 40, 4, p. 145.

³⁵⁷ Marcelo Piancastelli, *idem*, p. 73.

particulièrement une certaine régression dans le sens d'une concentration des pouvoirs entre les mains de l'entité fédérale³⁵⁸. Une centralisation des pouvoirs fut instaurée et confirmée par la mise en place d'un régime dictatorial en 1937³⁵⁹. Après la Seconde Guerre mondiale, la *Constitution de 1946* amena une légère décentralisation³⁶⁰, mais un grand déséquilibre entre les deux Chambres du Congrès restait flagrant. Le Sénat avait davantage de responsabilités pour prendre en compte, par exemple, les intérêts des États, participer à l'exécution de décisions-clé avec le pouvoir exécutif et décider des affaires financières relatives aux États et aux municipalités. Toutefois, à la suite du coup d'État militaire de 1964, les pouvoirs furent centralisés dans les mains du gouvernement fédéral, qu'ils soient législatifs, exécutifs ou financiers. La *Constitution de 1967* officialisa cette centralisation et la concentration du pouvoir entre les mains de l'Exécutif fédéral³⁶¹. Dans le cadre du développement économique du pays, un fédéralisme coopératif fut mis en place³⁶², prévoyant un système asymétrique, notamment d'un point de vue fiscal. Cela caractérise, aujourd'hui encore, le système fédératif brésilien³⁶³.

Les diverses constitutions brésiliennes de 1824 à 1988 ont navigué entre centralisation et décentralisation. Pour autant, le pouvoir exécutif fédéral a toujours eu d'importants pouvoirs. À la différence du Canada où certaines tendances ont permis aux provinces de jouir de pouvoirs relativement protégés, le fédéralisme brésilien a régulièrement rendu les États membres très dépendants du gouvernement et du Congrès fédéral. L'adoption de la *Constitution fédérative de 1988* va apporter de réels changements.

³⁵⁸ Raul Machado Horta, « Tendências do federalismo brasileiro », *Revista brasileira de estudos políticos*, n°28, janeiro de 1970, p. 20.

³⁵⁹ Le Président de la République est désigné par l'article 73 de la *Constitution de 1937* comme « l'Autorité Suprême de l'État », voir Marcus Wyler, « The Development of the Brazilian Constitution (1891-1946) », *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, vol. 31, n°324, 1949, p. 54.

³⁶⁰ Celina Souza, « Federal Republic of Brazil », in John Kincaid et Alan Tarr, *A Global Dialogue on Federalism - Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Montréal & Kingston, McGill – Queen's University Press, 2005, p. 80.

³⁶¹ Ana Maria Brasileiro, « O Federalismo Cooperativo », *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n°39, julho de 1974, p. 104.

³⁶² Basé sur le partage des revenus, des subventions budgétaires de la part du gouvernement fédéral et la coopération entre États et municipalités.

³⁶³ Wayne A. Selcher, « The Politics of Decentralized Federalism, National Diversification and Regionalism in Brazil », *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 1998, 40, 4, p. 25.

b) Esprit général de la Constitution brésilienne

Avec la *Constitution fédérative de 1988*, le Brésil est devenu beaucoup plus décentralisé, politiquement et fiscalement³⁶⁴. La réaction contre le régime militaire très centralisé mis en place de 1964 à 1985 a conduit à construire un nouveau régime³⁶⁵. Le pouvoir exécutif a donc vu ses prérogatives réduire face aux pouvoirs législatif et judiciaire. Le pouvoir fédéral a de plus, transféré un certain nombre de compétences aux États et aux municipalités, que ce soit d'un point de vue politique, administratif ou financier. Au milieu des années quatre-vingt-dix, des défauts dans le fonctionnement du système, en ce qui concerne la fiscalité, la comptabilité et la redistribution des ressources, ont conduit à une division des intérêts locaux, empêchant toute construction nationale forte³⁶⁶. Les expérimentations mises en place dans les États ont permis une amélioration. La Constitution a souhaité maintenir, entre autres, une certaine rigueur dans le système en rappelant la supériorité du droit fédéral sur le droit des États, ainsi que la possibilité pour le gouvernement fédéral d'intervenir dans les États sous certaines conditions³⁶⁷.

La volonté des constituants était de faire une constitution générale, ne définissant pas un *modèle* économique et social à suivre. En réaction au régime militaire précédent, ils souhaitaient prévoir certaines règles d'organisation³⁶⁸ pour éviter tout retour en arrière. Pour laisser une certaine liberté aux gouvernants, tout en donnant au peuple des garanties, la *Constitution fédérative de 1988* a défini trois types de règles, ayant une valeur différente. Il existe, tout d'abord, des règles complètes et exécutives, d'application immédiate³⁶⁹. Sont présentes, ensuite, des règles incomplètes nécessitant d'autres textes pour les définir et les rendre exécutoires. Enfin, la Constitution contient des règles incomplètes nécessitant des « *mesures administratives et des opérations matérielles* » pour les réaliser³⁷⁰.

³⁶⁴ Wayne A. Selcher, *op. cit.*, p. 37.

³⁶⁵ Paulo Vanderlei Vargas Groff, *L'État fédéral et la démocratie au Brésil : l'application du principe de subsidiarité*, thèse, Paris, 2000, réimprim. Lille, 2002, p. 172.

³⁶⁶ Wayne A. Selcher, *idem*, p. 26.

³⁶⁷ Article 34 de la *Constitution de 1988*.

³⁶⁸ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, « Aspectos Fundamentais da Constituição de 1988 », *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, 1993, vol. 88, p. 401.

³⁶⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *op. cit.*, p. 404.

³⁷⁰ Dans ce dernier cas, l'exemple le plus significatif est le droit à l'éducation (article 205) qui nécessite l'adoption de règles d'organisation.

Les États bénéficient de pouvoirs importants. La force des partis politiques repose davantage sur les circonscriptions locales et les États que sur le plan national. Ainsi, les gouverneurs jouissent de pouvoirs relativement forts. Ils sont, de plus, moins contrôlés que le président de la République. Leur responsabilité vis-à-vis des assemblées des États et du peuple reste faible et leur capacité à être réélus en fait de véritables « *barons de la fédération* »³⁷¹.

Les oscillations entre centralisation des pouvoirs et décentralisation ont conduit à une volonté constituante d'améliorer le poids du pouvoir législatif face au pouvoir exécutif. Les pouvoirs financiers des entités étatiques et locales furent aussi accrus pour opérer une certaine décentralisation. Malgré une tendance identique à balancer entre centralisation des pouvoirs et décentralisation, l'évolution de la Fédération brésilienne ne présente que peu de points communs avec l'évolution des Fédérations étasunienne et canadienne, d'un point de vue constitutionnel. Il ne semble pas non plus qu'une influence ait pu s'exercer entre les trois systèmes, les évolutions et les textes constitutionnels ayant surtout été influencés par les conditions politiques nationales.

Ce premier paragraphe a permis de voir que l'organisation des compétences pouvait varier selon les conditions de création de chaque Fédération (fédéralisme intégrant ou décentralisateur) et qu'il existait différents niveaux de compétences : exclusives, simultanées et résiduelles. Il a ensuite conduit à analyser l'évolution des trois constitutions américaines³⁷², notamment du point de vue de la répartition des compétences. Il ressort de ces analyses que les trois Fédérations américaines ont fait l'objet de types de création différents. Si la Fédération étasunienne correspond à un type intégrant, ce n'est pas le cas des Fédérations brésilienne et canadienne. De plus, l'organisation des compétences, telle qu'elle est prévue dans chacune des trois constitutions, varie et semble être adaptée aux conditions historiques, politiques et économiques de chaque pays. Il ne peut donc pas être dressé de cadre commun à chaque système, selon le type de création ni selon les niveaux de compétences. Cela empêche de

³⁷¹ Voir Fernando Luiz Abrucio, *Os barões da Federação os governadores e a redemocratização brasileira*, São Paulo, Editora Hucitec, Departamento de Ciência Política, 1998.

³⁷² Nous rappelons ici que les Fédérations du Canada, des États-Unis et du Brésil font partie du continent américain et qu'elles sont par conséquent toutes trois des Fédérations américaines. Nous différencions la Fédération des États-Unis en la qualifiant de Fédération « *étasunienne* ».

pouvoir trouver des éléments de définition du fédéralisme et par-là même de *modèle* en ce qui concerne le type de création de la Fédération ou en ce qui concerne les niveaux de répartition des compétences.

Pour aller plus loin dans ces analyses, nous allons maintenant étudier l'organisation verticale des pouvoirs au sein des trois Fédérations américaines.

§ 2 L'organisation des pouvoirs au niveau fédéral : des agencements diversifiés

Après avoir vu le cadre général d'organisation des compétences, la construction ainsi que l'évolution des différents systèmes, l'étude de l'organisation des compétences au sein des systèmes fédératifs conduit à s'interroger sur l'organisation verticale pour mesurer précisément le type d'organisation mis en place pour chaque Fédération. L'organisation verticale se rapporte à la façon dont sont organisés les pouvoirs dans les rapports entre l'entité fédérale et les entités fédérées. Ainsi, nous analyserons l'organisation verticale des pouvoirs au sein des Fédérations étasunienne (A), canadienne (B) et brésilienne (C). Cela nous permettra de dresser un bilan de cette première section afin de déterminer si des éléments se retrouvent dans chaque Fédération et si un *modèle* peut être établi.

A) L'organisation des pouvoirs aux États-Unis

Les querelles ayant opposé les constituants étasuniens à la fin du XVIII^{ème} siècle ont conduit à ne prévoir, au sein du texte constitutionnel, que les compétences dont jouirait le gouvernement fédéral, de manière à les encadrer (1). Il en a donc résulté une répartition des compétences seulement énumérée pour l'entité fédérale (2).

1) L'organisation du fédéralisme étasunien et la création d'un nouvel ordre de gouvernement : l'entité fédérale

Le principe fondamental de la Fédération étasunienne était la coexistence des États membres et d'une nouvelle entité qu'est la fédération. En effet, la *Constitution des États-Unis* permet aux États de subsister tout en leur superposant un gouvernement fédéral. L'entité fédérale a un pouvoir complet puisqu'il se compose d'un organe législatif, un organe exécutif et un organe judiciaire et que ses décisions peuvent s'appliquer à l'ensemble des citoyens, directement. De plus, ce nouveau gouvernement perçoit une partie des recettes fiscales et peut établir des impôts lui-même. Néanmoins, les pouvoirs de l'entité fédérale sont limités à ce que prévoit le texte constitutionnel.

Le pouvoir législatif est confié à deux assemblées. Le Sénat, qui est un corps législatif, prend part quelquefois à l'administration en nommant certains fonctionnaires et participe au pouvoir judiciaire en se prononçant sur certains délits politiques et en statuant parfois sur des cas civils. La seconde assemblée est la Chambre des représentants qui, elle, ne participe aucunement aux pouvoirs administratif ou judiciaire³⁷³. Dans cette nouvelle organisation créée pour répondre aux besoins des États et des relations internationales, notamment vis-à-vis de l'ancien colonisateur britannique, le Sénat va avoir un pouvoir général de contrôle sur les affaires fédérales. Il devra donner son accord à l'adoption de tout texte législatif (deux tiers de ses membres devront approuver un traité pour qu'il puisse être ratifié), à la nomination des fonctionnaires, ambassadeurs et juges fédéraux. Cela permet aux États de garder une certaine autorité. Le Sénat est donc une véritable chambre fédérative puisqu'il représente directement les États³⁷⁴ membres et leur permet de participer à la prise de décision au niveau national et de contrôler les actes de l'Exécutif.

2) Une répartition des compétences uniquement énumérée pour l'entité fédérale

La caractéristique principale de la Constitution étasunienne en ce qui concerne la répartition des compétences est que seules les matières relevant de l'entité fédérale sont énumérées. Parmi ces matières, certaines sont exclusivement fédérales alors que d'autres sont concurrentes. Les États membres peuvent donc légiférer dans les matières concurrentes et dans les matières résiduelles non mentionnées par le texte constitutionnel. Le principe de répartition des pouvoirs entre l'exécutif et la législature est le principe de base sur lequel reposent les institutions fédérales. Ce principe établit clairement une séparation entre le pouvoir présidentiel (incluant l'ensemble des institutions présidentielles) et le Congrès. Un système de contrepoids permet de trouver un équilibre entre ces deux pouvoirs. Or, depuis sa création à la fin du XVIII^{ème} siècle, la Fédération étasunienne a vu le rôle et les pouvoirs de l'entité fédérale s'accroître, passant d'un fédéralisme « *coopératif* » à un fédéralisme « *coercitif* »³⁷⁵.

³⁷³ Voir Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *Federalism in America*, Wesport, Connecticut, Greenwood Press, 2006, p. 657.

³⁷⁴ Les sénateurs sont élus au suffrage universel direct par les électeurs de chaque État. Deux sénateurs sont élus par État.

³⁷⁵ Voir nos développements ultérieurs dans le C) du § 2 de la section 2 de ce chapitre.

La logique à l'époque de la rédaction de la Constitution étasunienne était de préserver la liberté individuelle et le bien de chacun. Pour Ellis Katz, la répartition des compétences, aux États-Unis, doit plutôt être vue comme une délégation de compétences au gouvernement fédéral que comme une véritable distribution des compétences entre le gouvernement fédéral et les États. La Constitution étasunienne ne sépare pas en les énumérant les différentes compétences entre les ordres de gouvernement, mais délègue un certain nombre de compétences au fédéral et laisse le reste aux États. Le dixième amendement de la Constitution (adopté en 1791) l'indique en ces termes : « *The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people* »³⁷⁶. La Constitution crée un fédéralisme dual dans lequel le gouvernement fédéral et les gouvernements des États membres sont souverains dans leurs sphères respectives de compétence. L'évolution du fédéralisme étasunien a conduit à une extension du rôle et des domaines d'intervention du gouvernement fédéral, tout en permettant le développement d'une tendance à la coopération.

La Constitution étasunienne ne mentionne donc que les compétences reconnus à l'entité fédérale, qui se sont largement étendus aujourd'hui (a), mais les entités étatiques et locales gardent encore une certaine autonomie (b).

a) Les pouvoirs extensifs du gouvernement fédéral

Dans la Fédération étasunienne et comme dans un grand nombre de Fédérations, le texte constitutionnel n'énumère que les matières qui relèvent de la compétence législative du Parlement fédéral. Dans la *Constitution étasunienne de 1787*, c'est la section 8 de l'article 1 qui recense les compétences du Congrès. La Constitution confie dix-huit compétences au Congrès des États-Unis, concernant le commerce, les affaires étrangères ou l'armée, la perception d'impôts et de taxes. Cependant, il existe parfois des doutes quant à l'exclusivité des pouvoirs relevant de la compétence du gouvernement fédéral. Certains pouvoirs sont parfois concurrents. Certains pouvoirs sont attribués exclusivement à l'entité fédérale. C'est le cas du paragraphe 5 de la section 8 de l'article 1 de la *Constitution de 1787* qui donne la compétence exclusive au gouvernement fédéral

³⁷⁶ « *Les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par la Constitution, ni interdits par elle aux États, sont respectivement réservés à ces derniers ou au peuple* ».

de battre monnaie. Le paragraphe 1 de la section 10 de ce même article interdit à tout État membre d'exercer ce pouvoir. Cela dénote bien l'exclusivité de l'attribution de ce pouvoir au gouvernement fédéral. Toutefois, pour plusieurs autres cas, une certaine ambiguïté existe. Dans ces cas d'ambiguïté, il revient à la Cour suprême de décider à qui revient la compétence. Il ressort du travail de la Cour suprême que même lorsqu'une compétence est concurrente, son exercice peut revenir au gouvernement fédéral, excluant toute réglementation étatique sur cette matière³⁷⁷. De plus, lorsque le Congrès édicte une loi, il peut déclarer vouloir être compétent pour le domaine en question. Il peut également autoriser l'administration fédérale à être compétente dans une matière ou pour une partie de celle-ci.

Il ressort clairement de cela que même si la Constitution laisse aux États la compétence des matières non énumérées par elle ou que des pouvoirs peuvent être considérés comme faisant l'objet d'une compétence concurrente, l'entité fédérale jouit d'un statut encadré mais privilégier, lui laissant la possibilité de se rendre compétente dans des domaines qui ne ressortent pas initialement de sa compétence.

b) L'autonomie des États membres et l'autonomie locale

Tant le gouvernement fédéral que les États membres ont un degré d'autonomie élevé. Les États ont leur propre Constitution et ses administrés élisent leurs fonctionnaires. Cela leur permet de pouvoir agir sur un grand nombre de sujets, de manière à organiser les pouvoirs dont ils disposent assez librement. Plusieurs États membres se servent de leur pouvoir constitutionnel pour modifier et renforcer leur exécutif et le statut des gouverneurs. Le statut des gouverneurs, relativement faible dans les premières rédactions des Constitutions étatiques, a été modifié (notamment au milieu des années 1960) pour que le gouverneur de l'État membres puisse participer avec un véritable pouvoir législatif dans son État³⁷⁸. Cela a permis aux gouverneurs de devenir de véritables *leaders* de politiques publiques dans les domaines de l'éducation, la santé, le développement économique ou la justice pénale.

³⁷⁷ Cette tendance centripète de l'évolution des pouvoirs au sein de la Fédération étasunienne est expliquée par de nombreux auteurs comme John Kincaid, « From Cooperative to Coercive Federalism », *American Academy of Political and Social Science*, 509, May 1990, p. 140 ; Jérôme Elie, « Le fédéralisme américain à l'aube du XXI^{ème} siècle », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande* », T. 35, 3 – 2003, p. 410.

³⁷⁸ Les pouvoirs des gouverneurs furent aussi élargis au contrôle sur le budget de l'État.

Les gouvernements locaux, que sont les villes (*cities* et *towns*), les *counties*, et les districts à statut particulier, ne sont pas mentionnés dans la Constitution. Ils ont été créés par les États membres. Leur structure institutionnelle est clairement définie, leurs responsabilités délimitées et leur capacité de prélever des impôts provient du pouvoir des États. Si les pouvoirs des gouvernements locaux dépendent des États qui leur ont laissé des compétences, ils n'en demeurent pas moins des entités jouissant d'un fort degré d'autonomie et d'indépendance. Il en est ainsi pour plusieurs raisons selon Ellis Katz³⁷⁹. D'abord, certaines villes ou communautés locales existaient avant la création des gouvernements étatiques : c'est le cas du Connecticut, par exemple. Ensuite, parce que les gouvernements locaux sont bien représentés dans les législatures des États membres, ce qui a permis de garder un fort degré d'indépendance, certaines Constitutions étatiques les laissant agir dans tous les domaines non exclus par le texte constitutionnel³⁸⁰. Enfin, parce que les gouvernements locaux ont participé largement au développement des relations intergouvernementales depuis les années soixante.

Cette indépendance des États et des collectivités locales n'est aucunement comparable aux provinces ou collectivités locales canadiennes. Au Brésil, par contre, si les municipalités détiennent de larges pouvoirs, comme c'est le cas aux États-Unis, c'est bien la *Constitution fédérative de 1988* qui les a reconnus.

B) L'organisation des pouvoirs au Canada

L'organisation verticale des pouvoirs au Canada rend compte d'une forte centralisation du système (1), prévoyant des règles favorables à l'entité fédérale pour agir dans de nombreuses matières (2).

1) L'organisation centralisée des pouvoirs dans le système fédératif canadien

Dans les Fédérations, le texte constitutionnel établit la répartition des compétences et consacre la compétence générale des États membres. C'est par exemple le cas de la

³⁷⁹ Ellis Katz, « United States of America », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, McGill – Queen's University Press, 2006, p. 306.

³⁸⁰ Selon Ellis Katz, les dispositions constitutionnelles de Pennsylvanie sur l'autonomie étatique permettent qu'un gouvernement local puisse « exercer tout pouvoir ou exécuter toute fonction qui n'est pas rejetée par la Constitution, par sa charte d'autonomie ou par l'Assemblée générale », Ellis Katz, *ibidem*.

Fédération étasunienne qui affirme la compétence générale (résiduelle) des États malgré certaines atténuations en faveur du pouvoir fédéral. Ces atténuations sont qualifiées de théorie des « *pouvoirs implicites* ». Cette théorie a été consacrée pour les États-Unis par l'arrêt de la Cour suprême étasunienne, *McCulloch v. Maryland* de 1815, concernant la mise en œuvre de la clause du « *commerce interétatique* » (*Commerce-Clause*).

Il en va différemment de la Fédération canadienne qui, dès 1867, a mis en place une organisation « *centralisée* ». Dans le texte constitutionnel qu'est l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*³⁸¹, l'article 91 organise les pouvoirs du Dominion sur deux plans : une attribution générale de compétences revenant à la Fédération pour agir relativement à l'établissement de la paix, de l'ordre et au « *bon gouvernement* » du Canada, dans les matières qui ne sont pas de la compétence des provinces, et des compétences énumérées portant notamment sur la défense, la monnaie, la politique extérieure, etc...

L'article 92, quant à lui, établit une compétence exclusive d'agir et de légiférer aux provinces portant sur les matières d'intérêt provincial. Cela comprend la propriété et les droits civils dans la province et toutes les matières de nature locale ou privée dans la province, comme la fonction publique provinciale, le domaine public provincial, l'administration de la justice, la police, etc... Pourtant, malgré la répartition des compétences prévue aux articles 91 et 92, les matières peuvent, en fonction de l'aspect considéré ou l'objectif poursuivi, relever de la compétence exclusive du fédéral et des provinces³⁸².

Au Canada, la fonction législative est partagée entre deux niveaux d'organes (a), et l'organisation du pouvoir exécutif entretient des relations particulières avec le pouvoir législatif (b).

a) L'organisation de la fonction législative et l'existence de deux niveaux d'organes législatifs

La fonction législative au Canada appartient au Parlement fédéral pour certaines matières et à dix législatures provinciales pour d'autres. Ni un gouvernement ni une assemblée législative n'ont le pouvoir de créer une loi, seuls. Le Parlement fédéral se compose de la

³⁸¹ Appelé depuis 1982 Loi constitutionnelle de 1867.

³⁸² Théorie du « *double aspect* » et droit d'empiéter.

Chambre des communes, du Sénat et de la Reine³⁸³, représenté généralement par le Gouverneur général. Le Sénat a quasiment le même statut juridique que la Chambre des communes. C'est un organe législatif autonome et indépendant qui participe à la procédure législative fédérale. Selon l'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Sénat a le pouvoir de proposer des projets de loi, sauf en matière financière. Pourtant dans la pratique, il n'use plus de ce pouvoir.

La Reine doit apporter son consentement par le biais du Gouverneur général (au niveau fédéral) ou du lieutenant-gouverneur³⁸⁴ (au niveau provincial). Tous les pouvoirs de la Reine relatifs à des fins fédérales, sauf certaines exceptions, sont exercés par le Gouverneur général du Canada, sur avis des ministres canadiens. Selon la *Loi constitutionnelle de 1867*, les lieutenant-gouverneurs détiennent notamment les pouvoirs de sanction des lois, de convocation et de dissolution de l'Assemblée législative sur recommandation du Premier ministre provincial³⁸⁵. Le lieutenant-gouverneur a le pouvoir, aussi, de refuser la sanction d'une loi provinciale, même si ses pouvoirs sont exercés sous la dictée du Premier ministre provincial³⁸⁶. Pour autant, selon une convention constitutionnelle, le lieutenant-gouverneur doit agir conformément à l'avis du conseil des ministres de la province. Chaque province détient donc un lieutenant-gouverneur nommé par le Gouverneur général, c'est-à-dire, en fait, par le Premier ministre fédéral, en application de l'article 58 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le lieutenant-gouverneur est une composante de la législature des provinces³⁸⁷, gardant une certaine indépendance vis-à-vis de celles-ci³⁸⁸. Il exerce sa fonction législative par la

³⁸³ Article 17 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et Cour suprême, *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, (1981) 1 R.C.S. 753, 881.

³⁸⁴ Le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres a été appelé à se prononcer sur le statut des lieutenant-gouverneurs dans deux décisions (*A.-G. Ontario v. Mercer*, [1883] 8 A.C. 767; *Liquidators of the Maritime Bank v. Receiver-General of N.-B.*, [1892] A.C. 437). Il en est venu aux conclusions suivantes : bien que les lieutenant-gouverneurs soient nommés par le gouverneur général (par le Premier ministre fédéral, en vertu d'une convention constitutionnelle), c'est au nom de la Reine qu'ils exercent leurs pouvoirs. L'autorité des lieutenant-gouverneurs est sur un pied d'égalité par rapport à celle du gouverneur général, tous les deux sont des représentants de la Reine dans leurs sphères respectives. C'est donc au nom de la Reine que les lieutenant-gouverneurs exercent leurs fonctions, notamment celle de sanctionner les lois provinciales. Donc, les lieutenant-gouverneurs ne sont pas en position d'infériorité vis-à-vis du gouverneur général.

³⁸⁵ Selon une convention constitutionnelle.

³⁸⁶ Selon une convention constitutionnelle. Il en va de même pour le Gouverneur général qui exerce ses pouvoirs sous la dictée du Premier Ministre fédéral.

³⁸⁷ Articles 69 et 71 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

³⁸⁸ Les provinces ne peuvent modifier ses fonctions en application de l'article 41 a) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

« *sanction royale* », nécessaire pour qu'une loi entre en vigueur, selon l'article 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a donc un droit de *veto* sur les projets de lois et choisit les membres des gouvernements des provinces. Néanmoins, il doit agir suivant les avis du conseil des ministres de la province et ne peut refuser un projet de loi proposé par le gouvernement provincial.

Les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont permis au fédéral ainsi qu'aux provinces d'avoir chacun des organes législatifs, du fait de champs de compétence différents et exclusifs³⁸⁹. Il est clairement admis que ces deux ordres, à la fois fédéral et provincial, sont suprêmes et autonomes dans leurs domaines, ce qui les rend indépendants l'un de l'autre³⁹⁰.

b) L'organisation de la fonction exécutive et les relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif

Si les gouvernements sont les organes titulaires de la fonction exécutive, ils agissent aussi dans la fonction législative. En effet, ils doivent participer à l'exercice de la fonction législative, que ce soit au niveau fédéral ou provincial.

Selon l'article 9 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le chef de l'exécutif est un élément constitutif du Parlement³⁹¹. Les ministres fédéraux sont membres de l'exécutif ainsi que de l'une des deux Chambres³⁹², ce qui les rend responsables devant elle. Il existe des moyens d'action réciproques de l'exécutif envers le législatif. Il convient néanmoins de signaler qu'aujourd'hui, le conseil des ministres a une large influence sur la Chambre des députés³⁹³. Le cabinet (l'ensemble des ministres) détient de larges

³⁸⁹ Voir Comité judiciaire du Conseil privé, *Union Colliery Co of B.C. Ltd c. Bryden*, (1899) A. C. 580, 588 et Comité judiciaire du Conseil privé, *Avis sur les conventions de travail*, (1937) A.C. 326.

³⁹⁰ Conception classique du partage des compétences législatives du fédéralisme canadien. Voir Eugénie Brouillet, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », *Les cahiers de droit*, vol. 45, n°1, Université Laval, mars 2004, p. 34. Cette conception a été reconnue dans la décision du Comité judiciaire du Conseil privé, *Hodge c. La Reine* (1883-84) 9 A.C. 117. Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, p. 414. D'autres décisions ont également défendu cette conception, voir Eugénie Brouillet, *op. cit.*, pp. 44 à 58. Ceci est à relativiser puisque nous avons vu précédemment que l'interprétation du texte constitutionnel, notamment par la Cour suprême n'établissait pas de véritable étanchéité entre les compétences attribuées à chaque ordre de gouvernement. Voir la section 1 de ce chapitre au §1 B) 1) b).

³⁹¹ Article 17 (au plan fédéral) et article 71 (au plan provincial - québécois) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

³⁹² Ce qui n'est pas le cas au niveau provincial puisqu'il n'existe qu'une seule chambre.

³⁹³ Voir Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, 2000, Carswell, p. 263 et s.

pouvoirs. En sus d'avoir une importante influence sur la Chambre des députés, il est également à l'initiative des grands projets de lois. En vertu des conventions constitutionnelles, il exerce le pouvoir de nommer les juges, les ambassadeurs et les grands commis de l'État. Le partage des pouvoirs porte essentiellement sur les pouvoirs législatifs qui déterminent la répartition des pouvoirs exécutifs.

Les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne font référence qu'aux seules compétences législatives. Une décision de la Cour suprême a établi que les pouvoirs exécutifs sont partagés selon la même logique que les pouvoirs législatifs³⁹⁴.

En somme, si la répartition des compétences législatives est organisée par la *Loi constitutionnelle de 1867*, des relations étroites sont également prévues avec le pouvoir exécutif. Cela suit la logique propre aux systèmes de type anglo-saxon dans lesquels le pouvoir exécutif est lié au pouvoir législatif puisque le premier participe à l'exercice du second.

2) Le partage des compétences dans les textes constitutionnels canadiens et les larges pouvoirs de l'entité fédérale

La *Loi constitutionnelle de 1867* organise le partage des compétences aux articles 91, 92 et 93³⁹⁵. La répartition est protégée par une procédure supra législative nécessitant l'approbation d'une majorité des provinces pour être modifiée³⁹⁶. Si les provinces bénéficient de compétences nombreuses et importantes, le gouvernement fédéral jouit de pouvoirs lui permettant d'empiéter sur des domaines de compétence provinciale.

L'interprétation du paragraphe introductif de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a conduit à laisser à l'entité fédérale les principaux pouvoirs accessoires³⁹⁷ même si les provinces se sont aussi vues reconnaître la compétence de

³⁹⁴ Comité judiciaire du Conseil privé, *Bonanza Creek Gold Mining Co. c. le Roi*, (1916) 1 A.C. 566, 580.

³⁹⁵ L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est relatif à la compétence exclusive des provinces en matière d'éducation.

³⁹⁶ Cette majorité s'obtient par l'accord du fédéral et de sept provinces représentant 50% de la population canadienne : article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

³⁹⁷ Article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et Comité judiciaire du Conseil privé, *Tennant c. Union Bank of Canada*, (1894) A.C. 31, 45.

certaines pouvoirs accessoires³⁹⁸. Le transfert de parlement à parlement est normalement impossible, mais il existe des particularités³⁹⁹ ou en cas de transfert d'un parlement à un organe exécutif ou administratif, dépendant de l'autre ordre de gouvernement⁴⁰⁰. De plus, un ordre de gouvernement a la possibilité de légiférer en se référant à un acte législatif d'un autre ordre de gouvernement.

Il convient d'ajouter que l'ordre fédéral jouit d'une prépondérance dans le domaine législatif. Les lois adoptées par le gouvernement fédéral priment sur la législation provinciale qui serait incompatible avec celles-ci⁴⁰¹. Pour cela, il faut nécessairement une situation de conflit entre la loi provinciale et la loi fédérale.

Si les textes constitutionnels canadiens organisent la répartition des compétences, le partage entre les provinces et le fédéral connaît deux inflexions permettant au fédéral d'augmenter ses compétences. Ces deux possibilités offertes au fédéral sont le pouvoir d'urgence et le pouvoir déclaratoire. Le pouvoir d'urgence du fédéral est un procédé créé par la jurisprudence, issu du titre général de compétence de l'entité fédérale. Il se rapporte à son pouvoir de légiférer « *pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement* »⁴⁰². Ce pouvoir permet au fédéral de légiférer dans des domaines qui relèvent normalement de la compétence des provinces. Une situation de crise est nécessaire, mais il appartient au fédéral de juger de l'opportunité de son intervention⁴⁰³. Le pouvoir déclaratoire, quant à lui, permet au Parlement fédéral d'élargir ses compétences aux « *travaux* »⁴⁰⁴ utiles à l'État canadien ou à plusieurs (plus de deux)

³⁹⁸ Les provinces bénéficient aussi de pouvoirs accessoires, c'est-à-dire de cette possibilité de produire des effets secondaires sur des matières qui relèvent de l'autre ordre de gouvernement, dans la mesure où l'objet de leurs interventions législatives entre dans l'un de leurs domaines de compétence. Voir la décision de la Cour suprême, *P.G. Québec c. Kellogg's Co of Canada*, (1978) 2 R.C.S et Cour suprême, *General Motors of Canada c. City National Leasing*, (1989) 1 R.C.S. 641, 670.

³⁹⁹ Par l'utilisation des pouvoirs accessoires des deux ordres de gouvernement (surtout le fédéral), par le droit d'empiéter ou par le « *double aspect* » d'une matière qui peut ainsi relever des deux ordres de gouvernement. Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *op. cit.*, pp. 450 à 455.

⁴⁰⁰ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *idem*, p. 446.

⁴⁰¹ Ce principe a été déterminé par la jurisprudence de la Cour suprême canadienne par les décisions *Affaire des cessions volontaires*, (1894) A.C. 189, 200 et 201 ; *A.G. Canada c. A.G. British Columbia*, (1930) A.C. 111, 118 ; ou plus récemment *P.G. Canada et Dupont c. Ville de Montréal*, (1978) 2 R.C.S. 770, 794. Mais en cas de compétences concurrentes, c'est les articles 92 A (3), 94 A et 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴⁰² Article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (paragraphe introductif).

⁴⁰³ Voir *Avis sur la Loi anti-inflation*, (1976) 2 R.C.S. 373.

⁴⁰⁴ « *works* », comprenant des travaux ou des ouvrages.

provinces⁴⁰⁵. Ces « *travaux* », ordinairement de compétence provinciale, sont soumis au pouvoir fédéral selon son appréciation unilatérale, les tribunaux refusant de contrôler l'opportunité de cette appropriation de compétence⁴⁰⁶.

Les domaines dans lesquels l'entité fédérale peut agir, même si elle n'est pas toujours directement compétente, sont les politiques économiques et fiscales (a), le pouvoir de percevoir des revenus (b), les transferts financiers (c), le commerce (d), les ressources naturelles (e), les politiques sociales (f). En ces matières, les gouvernements provinciaux jouent tout de même un rôle essentiel (g).

a) Les politiques économique et fiscale

Par ses compétences exclusives sur la monnaie, les activités bancaires, le commerce et la dette publique⁴⁰⁷, le gouvernement fédéral contrôle la majorité des instruments de politiques macro-économiques. De surcroît, par ses politiques de subventions aux programmes de développement régional, d'aide à la politique de développement économique, d'aide à la recherche et au développement, au commerce et par ses incitations fiscales, le gouvernement fédéral joue un rôle fondamental. Les provinces ont tout de même d'importantes compétences en matière économique de par leur pouvoir de prélever des impôts et des taxes, leurs compétences sur la maîtrise des ressources naturelles et la régulation du commerce intraprovincial de biens et de services⁴⁰⁸.

b) Le pouvoir de percevoir des revenus

L'entité fédérale a le pouvoir de percevoir des revenus par « *tout mode ou système de taxation* »⁴⁰⁹. Cela comprend la taxation directe et indirecte. Les provinces, quant à elles, peuvent percevoir des impôts directs (pour des fins provinciales), des impôts fonciers et les redevances de l'utilisation des ressources publiques. Les deux ordres de gouvernement perçoivent des impôts sur les bénéfices, sur les revenus des personnes, la taxe sur la valeur ajoutée sur les mêmes contribuables. Une coopération entre les deux ordres de gouvernement permet d'organiser précisément le système d'imposition.

⁴⁰⁵ Articles 91 paragraphe 29 et 92 alinéa 10 c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴⁰⁶ Exemple : Cour suprême, *Nutribec Ltée c. Québec* (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles), (2004) 1 R.C.S. 824.

⁴⁰⁷ Article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, respectivement aux paragraphes 15 ; 15 ; 2 ; 1 A.

⁴⁰⁸ Respectivement articles 92 (2) ; 109 et 92 A ; 92 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴⁰⁹ Article 91 (3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

c) Les transferts financiers

Malgré un système fiscal décentralisé, il existe au Canada, de grands déséquilibres entre les revenus des provinces et leurs responsabilités. Leurs revenus ne sont parfois pas assez suffisants pour financer l'ensemble des domaines dans lesquels elles sont compétentes. Les transferts intergouvernementaux sont donc essentiels dans la gestion de la répartition des pouvoirs et deux types de transferts sont utilisés. Premièrement, les transferts de péréquation qui ont été introduits dans le système canadien en 1957, et dont le principe n'a été constitutionnalisé qu'avec la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴¹⁰. Ce principe de péréquation consiste à permettre à chaque province de fournir des niveaux comparables de services et d'imposition. Le gouvernement fédéral réalise donc des transferts inconditionnels aux provinces les plus en difficulté. Deuxièmement, le second type de transfert est l'utilisation, par le gouvernement fédéral, de son pouvoir de dépenser dans des domaines de compétence provinciale. Dans ce cas, il s'agit le plus souvent de transferts conditionnels. C'est surtout ce mécanisme de transfert qui a été utilisé lors de la période post-seconde guerre mondiale dans la logique de l'État-providence et par le biais de « *programmes à coûts partagés* ». Aujourd'hui, ces programmes sont souvent mal ressentis par les provinces qui voient cela comme une immixtion dans leurs domaines de compétence⁴¹¹. Ainsi, les provinces sont aujourd'hui beaucoup moins dépendantes de transferts fédéraux que certains États membres dans d'autres systèmes fédératifs⁴¹².

d) Le commerce

Le pouvoir de réguler le commerce et les échanges appartient au Parlement fédéral⁴¹³. Les juges ont livré une interprétation restrictive de ce pouvoir du fait du chevauchement du pouvoir de légiférer en matière commerciale et d'échanges avec le pouvoir des provinces sur la propriété et les droits civils⁴¹⁴ et la volonté d'adopter une large interprétation du

⁴¹⁰ Article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

⁴¹¹ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *op. cit.*, pp. 431 à 434.

⁴¹² En 1970, plus de 20% des revenus des provinces provenaient de subventions fédérales. En 1999, ce pourcentage n'était plus que de 13%, voir Richard Simeon and Martin Papillon, « Canada », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, McGill – Queen's University Press, 2006, note 43, p. 120.

⁴¹³ Article 91 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴¹⁴ Article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

pouvoir de ces dernières. Ainsi, les juridictions ont opéré une distinction entre le commerce interprovincial et international (de compétence fédérale) et le commerce intraprovincial (de compétence provinciale). Les provinces jouissent donc de compétences pour les produits et les services dans les secteurs industriels et agricoles⁴¹⁵. Ajoutons que l'entité fédérale peut agir dans le commerce de compétence provinciale à titre accessoire. La Cour suprême lui a également reconnu un pouvoir de réglementation générale du commerce dans le cas où l'action de l'entité fédérale fait appel à un organisme de contrôle qui aura pour rôle de la mettre en œuvre⁴¹⁶ (ce qui est quasiment toujours le cas). D'autres décisions de la Cour suprême confirmèrent cette tendance à l'expansion des pouvoirs du gouvernement fédéral dans les années quatre-vingt⁴¹⁷, lui reconnaissant des pouvoirs dans le commerce local sans contreparties⁴¹⁸.

e) Les ressources naturelles

L'article 109, de la *Loi constitutionnelle de 1867* et les *Natural Resources Transfert Agreements* de 1930⁴¹⁹ rendent les provinces propriétaires des ressources naturelles, c'est-à-dire de leur extraction et de la vente, hormis l'uranium. De plus, les articles 92 (5), (10), (13) et (16) et 92 (A) 1 et 2 de la *Loi constitutionnelle de 1867* donnent la compétence aux provinces pour légiférer sur les ressources, la production et la distribution d'énergie. Le gouvernement fédéral est quant à lui compétent dans le domaine des « pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur »⁴²⁰ ainsi que pour réguler la circulation interprovinciale et internationale de l'énergie par un organisme nommé le *National Energy Board*.

⁴¹⁵ Voir Cour suprême, *Avis sur la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, (1978) 2 R.C.S. 1198 ou Cour suprême, *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, (2005) 1 R.C.S. 292.

⁴¹⁶ Cour suprême, *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, (1977) 2 R.C.S. 134 et Cour suprême, *General Motors of Canada c. City National Leasing*, (1989) 1 R.C.S., 641.

⁴¹⁷ Voir Cour suprême, *P.G. Canada c. Transports Nationaux du Canada Ltée*, (1983) 2 R.C.S. 206, 267 et s. ; Cour suprême, *Général Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, (1989) 1 R.C.S. 641 ou Cour suprême, *Quebec Ready Mix Inc. c. Rocois Construction Inc.*, (1989) 1 R.C.S. 695.

⁴¹⁸ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *op. cit.*, pp. 508 à 515.

⁴¹⁹ Ces accords furent passés et concernent les provinces du Manitoba, de la Saskatchewan, de la Colombie Britannique et de l'Alberta.

⁴²⁰ Article 91 (12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

f) Les politiques sociales

En 1867, les politiques sociales ne sont pas expressément prévues dans le texte constitutionnel, mais étaient incorporées dans les articles 92 (7), (13) et (16) régissant les droits civils et les matières locales ou privées de la province. Elles étaient donc de compétence provinciale. Néanmoins, les provinces n'ont que peu légiféré dans ce domaine jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle, laissant aux associations et à l'Église ce champ d'intervention. Cela changea avec la politique de l'État-providence.

Les provinces détiennent les principaux pouvoirs en matière de santé⁴²¹, de réglementation des professions médicales⁴²² ou d'aides sociales et d'indemnités de travail⁴²³. En matière d'éducation, les provinces sont compétentes depuis 1867 grâce à l'article 93. Elles ont le pouvoir de légiférer pour organiser et administrer l'éducation primaire, secondaire et post-secondaire. Le gouvernement fédéral joue également un rôle important en matière sociale puisqu'il détient depuis 1940 la compétence exclusive de légiférer en matière assurance-chômage, notamment pour les personnes en fin de carrière⁴²⁴. Il agit aussi par des transferts financiers vers les provinces et utilise son pouvoir de dépenser dans les domaines de la santé, de l'éducation universitaire et des services sociaux.

g) Le rôle essentiel des gouvernements locaux

Les gouvernements locaux jouent un rôle très important. Ils gèrent les services de police, de gestion des territoires (pour une partie), d'aménagement, de loisirs, etc... Le rôle des municipalités s'est accru dans les dernières années du fait du transfert des compétences provinciales par des lois adoptées par les parlements provinciaux. Néanmoins, les municipalités n'ont encore que des pouvoirs délégués par la législation et les relations entre les provinces et les gouvernements locaux restent très « *centralisées* »⁴²⁵. En effet, selon le texte constitutionnel, les gouvernements locaux sont des entités dépendantes des gouvernements provinciaux qui définissent leurs pouvoirs, leur mode d'élection et leurs

⁴²¹ Article 92 (7) et 92 (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴²² Article 92 (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴²³ Voir Cour suprême, Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.) art. 22 et 23, (2005) 2 R.C.S. 669.

⁴²⁴ Amendements de 1940, 1951 et 1964. Surtout article 91 (2A) *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁴²⁵ Richard Simeon and Martin Papillon, *op. cit.*, note 43, p. 110.

revenus. Ainsi, les relations entre les gouvernements locaux et le gouvernement fédéral sont très limitées, à la différence des États-Unis ou du Brésil.

En conclusion de ce paragraphe sur l'organisation verticale des pouvoirs au Canada, nous pouvons retenir que la *Loi constitutionnelle de 1867* a reconnu au gouvernement central canadien d'importants pouvoirs, lui permettant, notamment, de passer outre les décisions des provinces dans certains cas. Cela se différencie donc du cas étasunien. Elle a reconnu l'existence de trois formes de pouvoirs législatifs : les compétences exclusivement attribuées à l'entité fédérale, les compétences exclusivement attribuées aux provinces et les compétences concurrentes, comme c'est le cas au Brésil, nous allons le voir. Les compétences résiduelles, c'est-à-dire non prévus par le texte constitutionnel, ont été attribuées à l'entité fédérale. Les provinces détiennent d'importants pouvoirs, mais leur manque de ressources budgétaires oblige à ce que l'entité fédérale agisse par l'octroi de subventions pour financer certains domaines. L'entité fédérale peut utiliser le pouvoir d'urgence et le pouvoir déclaratoire pour agir dans des champs de compétence provinciale, rendant le gouvernement fédéral plus libre dans ses actions.

C) L'organisation des pouvoirs au Brésil

Après avoir vu l'organisation des pouvoirs au Canada et constaté des pouvoirs importants reconnus à l'entité fédérale, il s'agit maintenant d'étudier l'organisation des pouvoirs au Brésil dans une perspective comparative afin d'établir un premier élément de définition du fédéralisme et de déterminer ou non l'existence d'un *modèle* de répartition des compétences.

La *Constitution fédérative de 1988* a souhaité aller à l'encontre du régime dictatorial qui l'a précédée. Au-delà d'un rôle classique d'organisation des institutions et de protection des droits fondamentaux, la *Constitution de 1988* a une fonction émancipatrice et progressiste. Selon José Joaquim Gomes Canotilho, elle n'est pas simplement un « *instrument de gouvernement* », mais aussi un « *plan global normatif* »⁴²⁶. Le texte constitutionnel contient un certain nombre de normes dites « *programmatiques* », c'est-à-dire assez générales et imposant une voie à suivre aux

⁴²⁶ Voir José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001 cité par Lise Tupiassu, « Le droit constitutionnel ; les institutions politiques », in Domingos Paiva de Almeida, *Introduction au droit brésilien*, Paris, l'Harmattan, 2006, p. 18.

pouvoirs législatifs et exécutifs. Elle se distingue des précédentes en ce qu'elle se préoccupe en détail de sujets qui n'étaient pas régulièrement régis par les constitutions précédentes, et se rapproche en cela des *constitutions-garantie*, *constitutions-inventaire* ou *constitutions-cadre*⁴²⁷. Il revient alors aux pouvoirs législatifs et exécutifs d'adopter des règles précisant les détails de mise en œuvre de ces normes et de définir leur application par des dispositions législatives ou réglementaires.

Si la volonté déclarée des constituants était de rééquilibrer les pouvoirs en faveur du législatif et que le texte constitutionnel énonce cette volonté, l'organisation qu'il met en place ne rétablit finalement pas l'équilibre et permet au pouvoir exécutif de dominer le pouvoir législatif. La *Constitution fédérative de 1988* ne propose donc qu'une organisation trompeuse des pouvoirs (1), assignant une répartition singulière des responsabilités (2).

1) L'organisation trompeuse des pouvoirs dans le fédéralisme brésilien

L'objectif de la *Constitution fédérative de 1988* était de réduire les pouvoirs de l'exécutif pour bonifier ceux du législatif. Pourtant, la Constitution ne va donner qu'une relative importance au pouvoir législatif (a) pour permettre la domination du pouvoir exécutif (b).

a) La relative importance du pouvoir législatif

Le pouvoir législatif national se compose de deux chambres au sein du Congrès. La Chambre des députés fédérale représente l'ensemble de la population de la Fédération, alors que le Sénat fédéral représente les États. La structure des pouvoirs des États membres se compose de la même manière, c'est-à-dire d'une branche législative, d'une branche exécutive et d'une branche judiciaire. De plus, en application de l'article 11 de la *Constitution fédérative de 1988*, chaque État membre a sa propre Constitution. Un troisième niveau est également prévu puisqu'il existe aussi un niveau municipal, comprenant une branche législative et une branche exécutive. L'ordre municipal a un statut particulier et jouit d'une autonomie politique et d'une indépendance vis-à-vis de l'ordre des États membres et de l'ordre fédéral. En effet, la *Constitution fédérative de 1988* reconnaît l'autonomie de chaque ordre de gouvernement⁴²⁸. Les municipalités ont le

⁴²⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, « Aspectos fundamentais da Constituição de 1988 », *Revista da faculdade de direito*, Universidade de São Paulo, 1993, vol. 88, p. 397.

⁴²⁸ Article 18 de la *Constitution fédérative de 1988*.

pouvoir d'agir dans des domaines locaux de grande importance comme l'organisation territoriale, l'aménagement, l'environnement, l'imposition locale et l'industrialisation. Toute intervention de l'autorité supérieure est encadrée par le texte constitutionnel de façon très précise⁴²⁹. Cela concerne à la fois l'intervention des États ou du gouvernement fédéral sur les municipalités, mais également celle du gouvernement fédéral sur les États ou sur le District fédéral. Dans certains cas précis, les interventions doivent être demandées par l'autorité législative responsable du secteur en cause ou par une cour.

Comme l'objectif de la *Constitution fédérative de 1988* était de réduire les pouvoirs de l'exécutif par rapport à ceux du législatif, celle-ci a donc rendu le Président de la République responsable devant le Congrès. Ce dernier a ainsi le pouvoir de le sanctionner par la procédure de l'*impeachment*⁴³⁰. De même, le Sénat ou l'une de ses commissions peuvent convoquer tout ministre pour lui demander de témoigner ou pour l'interroger. Un refus non motivé peut entraîner une mise en accusation selon les articles 50 et 50 §2 de la Constitution. Le Congrès a également des compétences exclusives pour accepter ou rejeter un accord international si celui-ci a des conséquences financières sur le patrimoine national⁴³¹. Le pouvoir le plus important du Congrès est sans conteste la possibilité de détenir tous les pouvoirs de création du droit. Ceci est une résultante des débordements qui ont eu lieu lors du régime militaire précédant le retour à la démocratie. Ainsi, la Constitution ôte au Président de la République le pouvoir d'édicter des décrets-lois (équivalant à des règlements autonomes) et permet au Congrès de contrôler tout acte législatif par le biais d'agences administratives. De plus, tous les actes pris par l'exécutif, même administratifs, doivent être contrôlés par le Congrès ou par l'une de ses deux chambres, en application de l'article 49 de la *Constitution fédérative de 1988*.

b) La domination réelle du pouvoir exécutif

En dehors de ces moyens reconnus au pouvoir législatif, le véritable pouvoir de décision appartient toujours à l'exécutif. Pour contrebalancer l'impossibilité du Président de prendre des décrets-lois, la Constitution permet à l'exécutif de recevoir des droits par délégation, avec l'accord du Congrès. Ce dernier peut, sauf cas précis, lui déléguer le

⁴²⁹ Articles 34 et 35 de la *Constitution fédérative de 1988*.

⁴³⁰ Article 86 de la *Constitution fédérative de 1988*.

⁴³¹ Article 49 de la *Constitution fédérative de 1988*.

pouvoir de promulgation législative, selon l'article 68 de la Constitution. De plus, dans des cas d'urgence, le Président peut également émettre des mesures provisoires ayant force de loi, après leur soumission au Congrès. Ce dernier doit leur donner une valeur législative dans un délai de trente jours, sinon elles perdent toute valeur et toute portée, devenant inefficaces *ab initio*. Même s'il doit être soutenu par le Congrès, le Président de la République et chef de l'exécutif, détient le pouvoir d'agir dans le domaine législatif.

Le Brésil connaît une séparation stricte des pouvoirs, organisée dans un régime présidentiel à l'étasunienne. Le Président de la République est élu au suffrage universel direct pour une durée de quatre ans et il est le titulaire unique du pouvoir exécutif. Il peut également exercer un certain nombre de pouvoirs législatifs. Une influence du fédéralisme étasunien est donc manifeste pour certains aspects du fédéralisme brésilien. Il dispose d'une délégation normative du Congrès pour créer une loi⁴³² ou pour faire appliquer des mesures provisoires, assimilables à des décrets présidentiels ayant force de loi⁴³³. Le Président de la République est également le chef de l'Administration et il lui appartient de gérer son organisation et son fonctionnement. Néanmoins, il doit présenter les comptes annuellement devant le Congrès qui opère un contrôle financier⁴³⁴. En effet, le Congrès a un véritable rôle de contrôle puisqu'il contrôle les actes de l'exécutif, les finances ainsi que les budgets des organes exécutifs⁴³⁵.

Malgré les pouvoirs reconnus au législatif par le texte constitutionnel, le pouvoir exécutif reste en position dominante. L'assignation des responsabilités par la Constitution offre une organisation tout à fait particulière et singulière parmi les trois Fédérations étudiées, car même si certains pouvoirs du Président de la République brésilienne sont très proches de ceux du Président étasunien, la majorité des éléments d'organisation de la répartition des pouvoirs s'en distingue.

⁴³² Article 68 de la *Constitution fédérative de 1988*.

⁴³³ Article 62 de la *Constitution fédérative de 1988*.

⁴³⁴ Article 49 IX de la *Constitution fédérative de 1988*.

⁴³⁵ Articles 52 V et 70 de la *Constitution fédérative de 1988*.

2) Une répartition singulière des compétences dans la Constitution fédérative de 1988

La *Constitution fédérative de 1988*, au chapitre II de son titre III, assigne les domaines de responsabilité au gouvernement fédéral. L'article 20 énumère les biens de compétence de l'Union⁴³⁶, l'article 21 détermine les pouvoirs et les responsabilités exclusifs de l'Union⁴³⁷ et l'article 22, les domaines dans lesquels le gouvernement fédéral a le droit de légiférer⁴³⁸. La Constitution établit également les domaines de responsabilité conjointe des trois ordres de gouvernement. Le fédéral, les États et les municipalités partagent donc des champs de compétence conjointement⁴³⁹. L'article 24 détermine les domaines dans lesquels le gouvernement fédéral, celui des États et des municipalités ont le droit de légiférer de manière conjointe et donc concurrente⁴⁴⁰. Néanmoins, la Constitution apporte une précision sur l'établissement de ces règles : le gouvernement fédéral a la charge de définir le cadre et les règles généraux. De plus, si l'entité fédérale n'a pas agi dans un domaine, les règles étatiques ou municipales s'appliquent. Toutefois, si le gouvernement fédéral légifère, ses règles prévalent sur les règles établies par les deux autres ordres de gouvernement⁴⁴¹.

⁴³⁶ Le gouvernement fédéral est propriétaire de plusieurs biens comme les immeubles fédéraux, les terres inexploitées, les lacs, les rivières frontalières avec les pays étrangers limitrophes, les îles, rivières et territoires maritimes, les sites hydroélectriques (et sites potentiels), les ressources minérales et les territoires occupés par les communautés indiennes.

⁴³⁷ Ses pouvoirs exclusifs sont le pouvoir de déclarer la guerre, de s'occuper des affaires étrangères, d'assurer la défense nationale, d'administrer les réserves monétaires étrangères, de superviser les opérations financières et les taux de change, d'élaborer des plans de développement régional, d'assurer le service des postes, d'exploiter les ressources naturelles, les télécommunications, les services de radio, d'électricité, aéronautiques, ferroviaires, maritimes et routiers interétatiques.

⁴³⁸ Le gouvernement fédéral peut légiférer dans les domaines du droit civil, pénal, électoral, agraire, maritime, du travail, de l'eau, de l'énergie, des télécommunications, postal, sur les crédits, les échanges, l'assurance, le commerce avec l'étranger, les transports, la citoyenneté, l'émigration et l'immigration, sur l'organisation judiciaire, la police fédérale, la sécurité sociale, les grandes lignes de l'éducation, le droit notarial, les activités nucléaires et les règles générales des marchés.

⁴³⁹ L'article 23 de la *Constitution fédérative de 1988* énumère les domaines de responsabilité conjointe : le respect de la Constitution, les lois, les institutions, les biens publics, la santé et la protection des handicapés, la protection du patrimoine historique, la culture, les valeurs artistiques, l'accès à l'éducation, à la culture et à la science, le respect de l'environnement et le contrôle de la pollution, la préservation de la faune et des forêts, la gestion de la production agricole et des ressources de consommation, le logement, les services d'assainissement, la réduction de la pauvreté, l'exploitation naturelle des ressources et le contrôle de la circulation.

⁴⁴⁰ Cela concerne les impositions, le système pénal, l'économie et l'urbanisme, les prévisions budgétaires, les frais relatifs au système judiciaire, la production et la consommation, l'exploitation des forêts, la chasse, la pêche, l'environnement, l'éducation, la sécurité sociale, la santé, les handicapés, la protection des enfants, et la police civile.

⁴⁴¹ Article 24, paragraphes 2 et 4 *Constitution fédérative de 1988*.

Les articles 25 à 28 de la *Constitution fédérative de 1988* sont relatifs aux compétences des États. L'article 25 énonce que les compétences des États sont ceux qui ne sont pas explicitement écartés par la Constitution. Les articles 26, 27 et 28 déterminent, quant à eux, les conditions d'administration des États, et notamment les règles électorales de désignation des gouverneurs, leur rémunération et les règles d'élections des assemblées locales. Puis, les articles 29 à 32 définissent les compétences des municipalités. Selon l'article 30, les municipalités peuvent légiférer sur les questions d'intérêt local, pour compléter la législation fédérale ou étatique lorsque cela est nécessaire, pour percevoir les ressources fiscales locales établies par la *Constitution fédérative de 1988*⁴⁴², pour développer la coopération technique et financière avec les États et le fédéral dans les domaines de l'éducation primaire et secondaire, de la santé et pour gérer l'utilisation des terres et les sites historiques, culturels et écologiques.

L'évolution de la répartition des compétences au Brésil a été marquée par une volonté de décentralisation vers les États membres et les municipalités. Toutefois, la plupart des municipalités ne détiennent pas les capacités pour financer leurs besoins sociaux et sont dépendantes des transferts fédéraux⁴⁴³. La centralisation est donc bien toujours présente. Si elle ne l'est pas véritablement dans les textes, la pratique, elle, le démontre bien. Le gouvernement fédéral reste le plus grand fournisseur de subventions et le décideur de leurs attributions. De plus, il peut intervenir dans les affaires des États dans un certain nombre de domaines : pour assurer la défense du pays, la défense du principe fédératif, la défense des finances ou celle de l'ordre constitutionnel⁴⁴⁴. Néanmoins, le pouvoir de l'entité fédérale s'est réduit quelque peu, particulièrement d'un point de vue fiscal. Cela résulte de la volonté des États et des municipalités d'augmenter leurs revenus et d'améliorer le partage des ressources et ce, depuis l'adoption de la *Constitution fédérative de 1988*⁴⁴⁵.

⁴⁴² Essentiellement les impôts fonciers, les taxes sur les services, les taxes sur l'eau et les taxes d'assainissement et sur les déchets.

⁴⁴³ Marcelo Piancastelli, « The Federal Republic of Brazil », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, McGill – Queen's University Press, 2006, p. 85.

⁴⁴⁴ Respectivement articles 34 I et II ; 34 III, IV, V ; 34 V et 34 VI et VII de la *Constitution fédérative de 1988*.

⁴⁴⁵ Celina Souza, « Federal Republic of Brazil », in John Kincaid et George Alan Tarr, *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, vol.1, Montréal & Kingston, McGill – Queen's University Press, 2005, p. 87.

La particularité de la *Constitution fédérative de 1988* empêche de caractériser clairement la distribution des pouvoirs et des compétences. Elle n'entre dans aucune catégorie de constitution généralement rencontrée dans les Fédérations. Néanmoins, il est possible de dire que la *Constitution fédérative de 1988* est une constitution de type « *coopératif* » ou « *collusoire* »⁴⁴⁶. Si l'objectif des constituants était de redonner un certain poids au pouvoir législatif, la *Constitution fédérative de 1988* a aujourd'hui été de nombreuses fois amendée, modifiant assez largement la structure des pouvoirs et les règles économiques ou financières. Malgré quelques points communs avec l'organisation étasunienne des pouvoirs, il est peu aisé de trouver nombre de points de convergence. Il est également difficile de trouver des points communs essentiels avec le fédéralisme canadien. Il est même possible de considérer qu'au vu des éléments étudiés jusqu'ici, la Fédération brésilienne est très différente de la Fédération canadienne.

Pour autant, il est possible de faire sortir de ces analyses une prépondérance du pouvoir exécutif sur le pouvoir législatif, au niveau fédéral, dans ces trois Fédérations. Cette prépondérance est variable dans les trois Fédérations, mais a été dans les trois cas non prévue dans les textes constitutionnels et s'est développée au fil du XX^{ème} siècle au Canada et aux États-Unis (avec la crise économique et sociale de 1929) tout comme au Brésil (qui a connu plusieurs dictatures expliquant différemment cette évolution).

Cette première section aura eu pour objectif de démontrer la diversité de l'organisation des pouvoirs dans les trois Fédérations américaines. Les compétences, les pouvoirs qui sont attribués aux exécutifs ou législatifs ou leurs relations mutuelles sont manifestement variables et peu de points de convergence peuvent être listés. Si des points communs peuvent ressortir (comme une tendance centralisatrice dans les Fédérations canadienne et étasunienne depuis le milieu du XX^{ème} siècle ou une tendance à l'extension des pouvoirs de l'entité fédérale), cela ne peut permettre de déterminer des éléments communs à un *modèle fédératif* qui pourrait en découler car cela résulte de tendances conjoncturelles. Un *modèle* ne semble donc pas pouvoir être dégagé en ce qui concerne l'organisation des pouvoirs exécutif et législatif dans ces trois Fédérations. Néanmoins, l'organisation des compétences législatives et exécutives constitue un élément structurant du fédéralisme et nous paraît pouvoir être perçu comme un *outil fédératif*.

⁴⁴⁶ Marcelo Piancastelli, *op. cit.*, p. 83.

Pour enrichir cette analyse, nous allons étudier dans la section suivante l'organisation des compétences selon une perspective fonctionnelle et analyser deux grands principes propres à la logique fédérative : le principe asymétrique et le principe coopératif. Ces deux principes seront étudiés selon leur application dans chacun des trois cas pour tenter de voir si un cadre commun peut être identifiable.

Section 2 L'organisation variée des pouvoirs par l'application des logiques asymétrique et coopérative : une perspective fonctionnelle

Après une analyse selon une perspective organique de l'organisation des pouvoirs législatifs et exécutifs dans les trois Fédérations américaines étudiées, nous souhaitons adopter une perspective fonctionnelle de l'organisation des pouvoirs. Celle-ci s'attachera à examiner la mise en œuvre pratique de l'organisation des pouvoirs selon l'application de deux logiques importantes de la logique fédérative : la logique asymétrique et la logique coopérative. Cela nous permettra de compléter l'analyse de la première section de ce chapitre, dans le but de déterminer l'existence ou non d'un *modèle fédératif* en ce qui concerne l'organisation des pouvoirs législatifs et exécutifs.

L'étude de l'organisation des pouvoirs dans une perspective fonctionnelle conduit à étudier l'application de la logique asymétrique (§1), ainsi que l'application et la reconnaissance de la logique coopérative (§2), éléments importants de la logique fédérative.

§ 1 La logique asymétrique

Ce paragraphe vise à présenter des cas d'asymétrie au sein du fédéralisme pour tenter de témoigner, encore une fois, de la variété des fédéralismes dans l'organisation des pouvoirs et donc de réfuter l'existence d'un *modèle fédératif*. De plus, ces développements permettront d'identifier des éléments qui nous semblent importants dans la compréhension du fédéralisme.

Les Fédérations canadienne et brésilienne seront donc étudiées dans ce paragraphe. La Fédération étasunienne sera exclue de cette analyse car elle ne représente

aucunement un exemple intéressant de cas d'asymétrie⁴⁴⁷. Sa Constitution établit un régime d'égalité entre les États membres et ne prévoit pas de cas d'asymétrie. Seule une asymétrie politique peut être constatée en ce qui concerne la représentation égale des États membres au sein de la fédération car les États ayant un poids démographique fort n'ont pas un poids plus important que les États les plus faiblement densifiés⁴⁴⁸.

Le fédéralisme n'implique pas que chaque État membre ait les mêmes pouvoirs. L'asymétrie est donc possible, c'est-à-dire l'existence ou l'application de droits ou situations variables dans la Fédération. Le droit de *veto*⁴⁴⁹ ou le droit de retrait⁴⁵⁰ sont des éléments du principe asymétrique. Il existe deux sortes d'asymétrie jouant dans le fonctionnement des systèmes de type fédératif. Il convient alors de distinguer l'asymétrie politique et l'asymétrie constitutionnelle. La première désigne l'influence des conditions culturelles, sociales, politiques et économiques sur les gouvernements et les relations entre les ordres de gouvernement, d'un point de vue vertical ou horizontal. Elle se différencie de l'asymétrie constitutionnelle qui désigne l'organisation différenciée des compétences dans le texte constitutionnel, selon les États membres de la Fédération.

L'asymétrie politique se retrouve dans tous les systèmes de type fédératif. Elle s'explique par les différences de population, de superficie du territoire, des ressources et de la puissance économique et industrielle de chaque État membre. Selon ces éléments d'évaluation, certains États membres sont plus puissants que d'autres au sein de la même Fédération. Cela entraîne donc une asymétrie entre les États composant la Fédération car certains ont plus de poids que d'autres, déséquilibrant les relations entre eux. Selon Ronald Watts, les cas d'asymétrie politique sont importants pour deux raisons principales. D'abord, les asymétries « *agissent sur la capacité de l'entité régionale*

⁴⁴⁷ Ronald L. Watts, *Comparaison des régimes fédéraux*, 2^{ème} éd., Montréal et Kingston-London-Ithaca, Institut des relations intergouvernementales, Presses universitaires McGill-Queen's, 2002, p. 65 à 70.

⁴⁴⁸ Michael Burgess, *Comparative Federalism – Theory and Practice*, Routledge, London, 2006, p. 217.

⁴⁴⁹ Ce droit est accordé au Sénat lorsqu'il est saisi d'une résolution de modification constitutionnelle dans les matières visées aux articles 38, 41, 42 ou 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce droit de *veto* existe aussi pour au niveau régional en cas de proposition d'amendement constitutionnel de la part d'un ministre fédéral.

⁴⁵⁰ Procédure permettant à une province de ne pas se voir appliquer une « *modification qui déroge à ses droits ou compétences* ». La province vote une résolution à la majorité des députés de l'assemblée législative provinciale et demande une compensation financière. Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, p. 236 à 238.

d'exercer les pouvoirs que lui attribue la Constitution »⁴⁵¹. Cela signifie que des conditions différentes peuvent être légitimement créées car elles vont permettre de compenser des situations d'inégalité. Des pouvoirs reconnus à certaines entités ne peuvent parfois être mis en œuvre par manque de moyens. La création d'un cas d'asymétrie pourra ainsi permettre de pallier ces inégalités. Ensuite, les situations d'asymétrie exercent une influence sur le poids de l'État membre ayant la population la plus importante, dans le cadre de la représentation au sein de la Chambre dont la représentation se fonde sur la population.

Toutes les Fédérations connaissent donc une forme d'asymétrie politique, mais il semble à première vue souhaitable de ne pas trop exacerber les différences car cela pourrait déstabiliser la Fédération entière, du fait d'un déséquilibre trop grand entre un État membre et les autres. Ainsi, la péréquation tente à certains égards de réduire les déséquilibres produits par les asymétries politiques et économiques, de manière à rééquilibrer la Fédération. Ces rééquilibrages peuvent également se faire par la création d'une seconde Chambre dont la représentation avantage plutôt les États faibles, comme c'est le cas aux États-Unis.

En ce qui concerne l'asymétrie constitutionnelle, nous l'avons dit, elle désigne les différences des statuts et des pouvoirs législatifs ou administratifs, contenus dans la Constitution des États membres de la Fédération. Si, dans les systèmes de type fédératif, les entités composantes de la Fédération ont, généralement, des compétences identiques selon le texte constitutionnel, il existe parfois des cas particuliers. Deux situations sont possibles.

D'abord, des composantes spécifiques de la Fédération peuvent avoir un statut et des pouvoirs différents des autres. Ces composantes peuvent avoir des dénominations différentes comme *district fédéral*, *territoire*, ou *État associé*. Elles peuvent aussi jouir d'un statut différent des autres composantes de la Fédération par des compétences propres (législatives, administratives ou financières). À titre d'exemple, mentionnons les cas du District de Brasilia⁴⁵² qui jouit d'un statut particulier et unique au sein de la

⁴⁵¹ Ronald Watts, *Comparaison des régimes fédéraux*, 2^{de} éd., Montréal et Kingston, Institut des relations intergouvernementales – Ecole des études en politiques publiques de l'Université Queen's, 2002, p. 67.

⁴⁵² Le district de Brasilia dit « *District fédéral* » est régi par une loi organique à la différence des États qui sont régis par une constitution. Il détient à la fois les compétences législatives détenues par les États et celles détenues par les municipalités. Le pouvoir législatif est exercé par une chambre de vingt-quatre députés et le pouvoir exécutif est exercé par un gouverneur et non un maire comme dans les municipalités.

Fédération brésilienne et du district de Columbia à Washington⁴⁵³, aux États-Unis. Ensuite, le texte constitutionnel peut reconnaître à des États membres des pouvoirs variant de ceux des autres États membres, du fait de leurs particularités, comme la taille de leur territoire, leur population, leur spécificité culturelle ou leur capacité économique. Le texte constitutionnel, dans ce cas, reconnaît à certains États membres des pouvoirs plus étendus qu'aux autres, renforçant leur autonomie. Le Québec est un exemple de reconnaissance de pouvoirs spécifiques à un État membre de la Fédération, notamment par les articles 94 et 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴⁵⁴. Enfin, un autre cas d'asymétrie constitutionnelle consiste en une symétrie des pouvoirs des États membres de la Fédération, avec l'existence simultanée dans le texte constitutionnel de dispositions laissant le choix aux entités composantes de participer ou pas à la vie de la Fédération⁴⁵⁵. Le texte constitutionnel canadien prévoit ce cas de figure.

Les asymétries ne résultent pas seulement de dispositions constitutionnelles, elle sont aussi le fruit de négociations ou d'accords. Au Canada, ces asymétries sont généralement le fruit d'ententes intergouvernementales. Elles existent au point de vue fiscal dans le cadre de la répartition des ressources financières. En effet, les richesses des États membres, qu'elles soient naturelles, industrielles ou économiques, sont variables et la constitution d'une Fédération peut prévoir des systèmes de redistribution des ressources pour rééquilibrer le poids des États les plus faibles et ainsi conduire à une meilleure cohésion fédérale. Ces rééquilibrages peuvent se faire par la mise en place de transferts de péréquation, en prévoyant une plus grande contribution fiscale des États les plus riches.

Dans cette section, nous verrons que les cas canadien et brésilien offrent des exemples variés et représentatifs d'asymétrie, qu'elle soit politique, ou constitutionnelle. Ces deux cas permettent d'identifier clairement les différences d'asymétrie de manière à illustrer par cet aspect du fédéralisme, la variabilité de principes structurants comme l'asymétrie

⁴⁵³ Du point de vue administratif, le District de Columbia dépend directement du gouvernement fédéral et les lois en vigueur sont votées par le Congrès. Le District ne détient pas de représentant au niveau de la Chambre des représentants ni au Sénat. Seul un représentant est élu ayant un rôle d'observateur.

⁴⁵⁴ Selon l'*Accord de mai 2006* (résultat d'une entente intergouvernementale), le Québec a la possibilité d'avoir un représentant officiel au sein de la délégation canadienne à l'UNESCO.

⁴⁵⁵ Procédure d'*opting in* ou d'*opting out*.

dans les mises en œuvre du fédéralisme. Ainsi, malgré une logique dualiste et une symétrie constitutionnelle du fédéralisme canadien (A), des cas d'asymétrie sont identifiables. Le Brésil et sa Constitution, prévoient quant à eux, des situations asymétriques claires (B).

A) Les cas d'asymétrie du fédéralisme canadien malgré la logique dualiste

Il s'agira de s'interroger ici sur l'existence d'une forme d'asymétrie dans le système fédératif canadien dans le but de la comparer avec l'asymétrie telle qu'elle est envisagée au Brésil. Nous montrerons, par les différences entre ces deux systèmes, qu'un *modèle* asymétrique ne ressort pas de ces deux Fédérations.

Au sein du fédéralisme canadien, les asymétries peuvent être prévues par le texte constitutionnel ou résulter d'ententes intergouvernementales. Si la structure constitutionnelle est symétrique, l'asymétrie politique existe et se manifeste notamment par des ententes intergouvernementales. Ces ententes ont souvent pour effet d'altérer la mise en œuvre des politiques et des programmes selon les provinces.

La *Loi constitutionnelle de 1867* ainsi que la *Loi constitutionnelle de 1982* ne prévoient que peu de cas d'asymétrie. Les asymétries ne sont prévues qu'en de rares matières comme la langue, les minorités religieuses, l'éducation, etc...

Différents exemples d'asymétrie sont prévus par le texte constitutionnel. Les articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoient que les provinces ont quasiment les mêmes pouvoirs, mais l'article 94 permet au Parlement fédéral d'uniformiser les droits sur la propriété et les droits civils, sauf pour le Québec, même avec son consentement. L'article 93 confère aux provinces le droit de légiférer dans le domaine de l'éducation sous certaines conditions. Le Québec est soustrait de ces obligations depuis la modification constitutionnelle de 1997⁴⁵⁶ qui ne s'appliquent qu'à l'Ontario, et dans des conditions particulières à la Saskatchewan, au Manitoba, à l'Alberta et à Terre-Neuve⁴⁵⁷. Les articles 94 de la *Loi constitutionnelle canadienne de 1867*, ainsi que l'article 23 (1) (a) de la Charte des droits et libertés contenue dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, prévoient, en faveur du Québec, une asymétrie pour protéger

⁴⁵⁶ *Loi constitutionnelle de 1867*, modification constitutionnelle de 1997 (Québec), TR/97-141.

⁴⁵⁷ Voir Cour suprême, *Ontario English Catholic Teacher's Assn. C. Ontario (Procureur général)*, (2001) 1 R.C.S. 470, 480.

la langue française et la tradition civiliste au Québec. Les asymétries sont également envisagées, dans l'article 133, pour la rédaction dans les langues française et anglaise des actes législatifs et devant les tribunaux du Québec. Ces mêmes obligations sont envisagées par l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et les articles 16 et 20 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour le Nouveau-Brunswick.

Une autre asymétrie constitutionnelle est envisagée dans le texte constitutionnel puisque le Sénat, notamment dans sa composition, n'assure pas une représentation égale pour chaque province. En effet, sa composition repose sur une égalité de trois blocs régionaux, formés par vingt-quatre sénateurs chacun. Les deux provinces les plus peuplées que sont l'Ontario et le Québec, forment un bloc de vingt-quatre sénateurs. Le deuxième bloc représente les provinces de l'Ouest, soit le Manitoba, la Saskatchewan, l'Alberta et la Colombie-britannique, qui ont droit à six sénateurs chacune. Enfin, le troisième bloc est celui des provinces maritimes, c'est-à-dire la Nouvelle-Ecosse (dix sénateurs), le Nouveau-Brunswick (dix sénateurs également), et l'Ile-du-Prince-Edouard (quatre sénateurs). Se rajouteront à cela ensuite, six sénateurs pour Terre-Neuve et deux sénateurs pour les Territoires du Nord-Ouest.

La *Loi constitutionnelle de 1982* à son article 38 (3) va, elle aussi, constitutionnaliser une asymétrie puisqu'elle permettra un droit de retrait (dit « *opting out* ») aux provinces pour les projets de modification de la Constitution. Il faudra qu'une modification constitutionnelle soit envisagée pour les cas visés à l'article 38 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qu'il rentre dans le cadre d'application de la règle dite du « 7/50 », c'est-à-dire pour les cas où le vote doit faire l'objet de l'accord de l'ordre fédéral et d'au moins sept provinces, représentant au moins cinquante pour cent de la population canadienne. Dans ce cas, les autres provinces pourront adopter la révision, mais celle-ci ne s'appliquera pas à la province ayant exercé son droit de retrait⁴⁵⁸.

Deux tentatives d'approfondissement de l'asymétrie dans les textes constitutionnels eurent lieu, plus tard. La première en 1987, avec *l'accord du Lac Meech* et la seconde en 1992, avec *l'accord de Charlottetown*⁴⁵⁹. Ces deux accords qui prévoyaient notamment la

⁴⁵⁸ Il existe quatre autres procédures de modification constitutionnelle prévues à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

⁴⁵⁹ Maurice Croisat, « Le fédéralisme asymétrique : l'expérience canadienne », *Revue française de droit constitutionnel*, n°37, 1999, p. 33.

reconnaissance de la province du Québec en tant que société distincte ne furent pas ratifiés.

En dehors de la Constitution, des ententes et des accords se sont développés entre le gouvernement fédéral et les provinces, mettant en place une coopération entre les gouvernements. C'est à partir de la seconde guerre mondiale que la coopération et la coordination intergouvernementales ont commencé à apparaître⁴⁶⁰. En effet, auparavant, ces procédures n'existaient pas du fait de la logique dualiste du fédéralisme canadien, conduisant à laisser légiférer chaque entité dans son domaine de compétence. De plus, la politique de l'État-providence mise en place à partir de la fin de la seconde guerre mondiale par la centralisation des pouvoirs fiscaux, associée à une augmentation importante du coût des responsabilités des provinces, ont conduit à multiplier les relations entre le gouvernement fédéral et les provinces. Comme dans la plupart des Fédérations, les États membres ne vont plus détenir les capacités nécessaires pour gérer seuls les multiples problèmes conjoncturels qui vont découler de cette situation. Ils vont donc développer des rapports avec l'entité fédérale de manière à ce que cette dernière leur apporte une aide. Au Canada, ces rapports vont se développer sous la forme d'institutions informelles, réunissant les Premiers ministres des provinces et le Premier ministre fédéral, ou bien les ministres ou fonctionnaires selon les sujets⁴⁶¹. Ces rencontres entre les entités fédérale et provinciale vont permettre d'adopter des ententes et des programmes conjoints. Ainsi, aujourd'hui, le nombre d'ententes est supérieur à mille et les domaines qu'elles ont réglés sont aussi variables que l'éducation post-secondaire, la fiscalité directe, la santé, les aides sociales, etc⁴⁶²... Il en résulte des ententes qui peuvent être soit bilatérales, soit multilatérales. Elles permettent d'éviter des négociations avec toutes les provinces. Les ententes (ou accords) créent donc des disparités entre les provinces, c'est-à-dire une forme d'asymétrie.

⁴⁶⁰ David Cameron and Richard Simeon, « Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism », *Publius*, Vol. 32, No. 2, *The Global Review of Federalism* (Spring, 2002), p. 50.

⁴⁶¹ Voir, par exemple, François d'Arcy, Jean-Luc Rouban, *De la V^{ème} République à l'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Quermonne*, 1996, Presses de la Fondation nationale de Sciences politiques, Paris, pp. 249-250.

⁴⁶² Maurice Croisat, *op. cit.*, p. 35.

Ainsi, le Canada, malgré une formation plutôt symétrique mais qui prévoit des cas d'asymétrie dès 1867, va envisager de nouveaux cas d'asymétrie, que ce soit par le texte constitutionnel, ou par le biais d'ententes intergouvernementales. Pour montrer qu'un *modèle* relatif à ces deux logiques structurantes du fédéralisme ne peut être établi, nous allons voir comment l'asymétrie est envisagée au Brésil.

B) Le fédéralisme asymétrique de la Fédération brésilienne

Le fédéralisme brésilien est un fédéralisme asymétrique, notamment d'un point de vue politique. Il existe de grandes diversités démographique, territoriale et économique. Les différences de ressources et de capacité industrielle ou économique entre les régions brésiennes ont une influence importante sur le poids des États et des municipalités. Cela a donc des conséquences sur les autonomies des différents ordres de gouvernement. Les gouvernements locaux sont inégalement concernés par cela. La *Constitution fédérative de 1988* attribuant à ceux-ci des responsabilités en matière de santé, d'éducation primaire et de services publics de base, les difficultés de garantie de ces services publics sont manifestes, même si des aides sont prévues. Cependant, des incongruités institutionnelles ont engendré des distorsions dans la représentation au niveau fédéral. Par exemple, il n'y a pas de représentation proportionnelle des députés en fonction de la population⁴⁶³. En effet, pour éviter la domination de la Fédération par un État, l'article 45 de la *Constitution fédérative de 1988* prévoit un minimum de huit députés fédéraux et un maximum de soixante-dix, par État au sein de la Chambre des députés⁴⁶⁴. Les distorsions entre le nombre de représentants dans les chambres sont très grandes : le Sud est largement sous représenté, à la différence du Nord et du Centre Ouest qui sont surreprésentés⁴⁶⁵.

Il en va de même pour le Sénat qui accueille trois représentants de chaque État membre. Cette règle plutôt équitable et manifestant une certaine symétrie va avoir des conséquences graves sur le poids de la représentation de certains États membres, conduisant à une asymétrie évidente. Les petits États membres, qui sont les plus

⁴⁶³ Une loi complémentaire prévoyait le passage à une représentation proportionnelle, mais elle a été rejetée en 1997.

⁴⁶⁴ La Chambre des députés comprend cinq cent treize membres, élus pour 4 ans.

⁴⁶⁵ Wayne A. Selcher, « The Politics of Decentralized Federalism, National Diversification, and Regionalism in Brazil », *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 40 :4, winter 1998, pp. 35-36.

nombreux, vont avoir un poids supérieur à celui des grands États du fait de coalitions politiques historiques. Les plus grands États, qui sont aussi les plus productifs en terme de richesse, seront donc souvent mis en porte à faux par les petits États⁴⁶⁶.

Le fédéralisme brésilien « *se rapproche (...) du fédéralisme asymétrique* »⁴⁶⁷ par certains aspects politiques et constitutionnels mais se distingue clairement des aspects asymétriques du fédéralisme canadien.

Ces constats permettent de considérer que le cadre et les règles constitutionnels peuvent parfois prévoir une certaine forme d'asymétrie, même si ce n'est pas toujours le cas. L'asymétrie est généralement présente dans chaque système fédératif, ne serait-ce que d'un point de vue politique, en raison des différences démographiques. Pourtant l'inéluctabilité de l'asymétrie politique ne conduit pas toujours à la présence de règles permettant un rééquilibrage des capacités dans le texte constitutionnel. L'asymétrie constitutionnelle, par contre, n'est pas toujours inscrite dans les textes constitutionnels et prend des formes très diverses dans les différentes Fédérations. Les situations de déséquilibre ne font pas forcément l'objet de tentatives de rééquilibrage par l'entité fédérale. Chaque système prévoit donc ou non, une certaine asymétrie constitutionnelle. Un *modèle fédératif* intégrant l'asymétrie n'est donc pas possible. Par conséquent, une définition du fédéralisme ne peut se permettre de faire référence à l'asymétrie en tant que caractéristique fixe.

Pour pallier de trop grandes inégalités entre les entités fédératives, la coopération entre celles-ci permettra de résoudre certaines difficultés. La coopération peut aider certains États membres à trouver des aides auprès des autres gouvernements (étatiques ou fédéral) pour lutter contre les situations d'inégalité auxquelles ils font face.

§ 2 La logique coopérative

La logique coopérative est une logique structurante que l'on retrouve dans les systèmes fédératifs. Elle fait partie de la logique fédérative car la coopération entre les membres

⁴⁶⁶ Wayne A. Selcher, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁶⁷ Lise Tupiassu, « Le droit constitutionnel : les institutions politiques », in Domingos Paiva de Almeida, *Introduction au droit brésilien*, in Paris, L'Harmattan, 2006, p. 27.

d'une Fédération est essentielle⁴⁶⁸. Il semble donc nécessaire, pour notre réflexion sur la définition du fédéralisme, de l'analyser pour poursuivre notre réflexion sur l'existence d'un *modèle fédératif*. Ce paragraphe nous conduira à étudier la mise en œuvre de ce principe dans chacune des trois Fédérations américaines pour mesurer les points communs et les différences entre chacune.

La logique fédérative conduit à des coopérations entre les entités de la Fédération, c'est-à-dire à un fédéralisme coopératif (A). Cette coopération prend des formes variables selon les systèmes fédératifs (B), pouvant évoluer parfois vers des pratiques extrêmes, comme la coercition (C).

A) Le fédéralisme coopératif et sa mise en œuvre

La conception statique et legaliste du fédéralisme, c'est-à-dire celle qui préconise le respect des principes essentiels que sont l'autonomie et la participation, a été dépassée par une conception dynamique, envisageant la coordination des politiques et donc la coopération⁴⁶⁹. En effet, à cause de la complexité de l'intégration et de l'interdépendance, les relations, la collaboration dans les Fédérations et donc la logique dualiste semble dépassée, conduisant le fédéralisme à un nouveau stade de son développement. Il le dit lui-même, la coopération est « *le niveau où toutes les ressources des organisations étatiques basées sur le foedus se mobilisent et s'articulent en vue de l'élaboration de politiques communes, dans le respect des autonomies* »⁴⁷⁰. Le fédéralisme coopératif s'oppose ainsi au fédéralisme dualiste, car ce dernier a pour objectif d'éviter les chevauchements des compétences alors que le fédéralisme coopératif suppose un découplage des compétences, pour permettre la coopération entre les ordres de gouvernement. La fréquence des chevauchements de législation et l'interdépendance des différents ordres de gouvernement conduit à des ententes entre ces derniers, des accords et donc une coopération. Cette coopération existe à deux niveaux de la Fédération et selon deux logiques : un niveau et une logique verticaux, qui envisagent une coopération entre le gouvernement fédéral et un ou plusieurs gouvernements fédérés⁴⁷¹, puis un

⁴⁶⁸ Rappelons que la coopération est un principe de base dans la conception althusserienne du fédéralisme (*communicatio* et *consociatio symbiotica*). Voir le chapitre premier du titre premier de la première partie.

⁴⁶⁹ Jean Anastopoulos, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, L.G.D.J., 1979, p. 409.

⁴⁷⁰ Jean Anastopoulos, *op. cit.*, p. 410.

⁴⁷¹ On parle alors de « *coopération fédérale-fédérée* », voir Eugénie Brouillet, *La négation de la nation*, Québec, Les Éditions du Septentrion, 2005, p. 97.

niveau et une logique horizontaux, consistant à créer une coopération entre les multiples gouvernements fédérés⁴⁷². Cette coopération ne se réalise pas seulement par des ministres. Elle se fait aussi de façon informelle, par le biais d'organismes ou de comités, composés de membres du pouvoir législatif ou de fonctionnaires, qui peuvent aussi comporter des ministres. Ils se réunissent régulièrement dans des rencontres intergouvernementales. Il convient de préciser, avec Ronald Watts, que dans les Fédérations dans lesquelles les pouvoirs législatif et exécutif sont séparés dans chaque ordre de gouvernement (comme aux États-Unis, au Canada et au Brésil), « *les canaux des relations intergouvernementales sont plus dispersés, constituant de nombreuses ramifications souvent s'entre-croisant entre cadres supérieurs, administrateurs et législateurs des différents ordres de gouvernement* »⁴⁷³. Dans ce type de système, les pressions politiques sont généralement importantes sur le législateur fédéral, notamment par les représentants des États membres, qu'ils soient agents de l'Administration, représentants de l'exécutif ou du législatif. Les interconnexions entre les différents ordres de gouvernement sont donc fréquentes et ont un poids non négligeable sur les modalités de décision.

La pratique d'ententes ou d'accords intergouvernementaux formels vient, à l'origine, des États-Unis. Cette pratique permet à plusieurs États de conclure des ententes sur des mesures communes, sous réserve de leur approbation par le Congrès. D'un point de vue financier, l'intégration des finances publiques dans les Fédérations a joué un rôle essentiel pour que la coopération puisse se développer entre l'entité fédérale et les États membres⁴⁷⁴. La coopération a d'abord un effet bénéfique pour les entités fédérées qui bénéficient des capacités de l'entité fédérale. Cela permet également de trouver des solutions plus globales à la résolution des problèmes et de bénéficier de subventions et de ressources nouvelles. La coopération a aussi des avantages pour le gouvernement fédéral qui peut se servir des expériences des gouvernements locaux et de leur capacité à mettre en place des programmes nationaux selon les conditions locales.

⁴⁷² On parle pour cela de coopération « *interfédérée* », au Canada, par exemple, la coopération interfédérée se fait dans le cadre du Conseil de la Fédération qui regroupe les premiers ministres des provinces et des territoires. Voir Eugénie Brouillet, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁷³ Ronald Watts, *Comparaison des régimes fédéraux*, 2^{de} éd., Montréal et Kingston, Institut des relations intergouvernementales – Ecole des études en politiques publiques de l'Université Queen's, 2002, p. 61.

⁴⁷⁴ Jean Anastopoulos, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, L.G.D.J., 1979, p. 410.

Pour autant, la coopération entraîne également des effets négatifs. Dans une perspective verticale, la coopération entre les entités fédérale et fédérées doit reposer sur une relation d'égalité. Les accords doivent résulter d'une entente entre les acteurs. Pourtant, dans de nombreux cas, l'entité fédérale prend le pas sur les entités fédérées. Ceci s'explique par le fait que l'entité fédérale reproduit le schéma existant dans le cadre de la participation des entités fédérées au processus législatif fédéral. Dans ce cadre, les représentants des États membres sont le plus souvent politiquement « *soumis* » au pouvoir fédéral. Une deuxième explication est également envisageable concernant la domination de l'entité fédérale dans le cadre de coopération fédérale-fédérée. Une majorité des Fédérations et c'est le cas des États-Unis, du Canada et du Brésil, ont connu il y a peu, des périodes dans lesquelles l'entité fédérale avait un poids indéniable sur les entités fédérées. Que ce soit à la suite des périodes de développement de l'État-providence au Canada ou aux États-Unis ou des périodes de dictature au Brésil, l'entité fédérale a pris le « *réflexe* » de se placer dans une position de supériorité vis-à-vis des entités fédérées du fait de l'élargissement de son champ de compétences et de l'accroissement de ses moyens financiers à partir des années trente et jusqu'à aujourd'hui.

Du point de vue des relations entre entités fédérées, la coopération peut avoir des inconvénients si l'un des États membres exerce une domination sur un ou plusieurs autres. Dans ce cas, un État membre se verra imposer des décisions qu'il n'aura pas souhaitées et qui n'iront peut-être pas dans le sens souhaité par son pouvoir exécutif ou sa population⁴⁷⁵. On parlera alors de fédéralisme « *coercitif* »⁴⁷⁶.

Le fédéralisme coopératif peut également permettre de réduire les conflits par la coordination des gouvernements, mais il est, par déduction, lié à ce qu'on appelle le « *fédéralisme concurrentiel* ». Les relations entre les gouvernements et les recherches d'ententes et de compromis conduisent nécessairement à des conflits de concurrence. En effet, pour un certain nombre d'auteurs, comme Albert Breton, le fédéralisme coopératif

⁴⁷⁵ À titre d'exemple, la domination du gouvernement fédéral aux États-Unis, notamment à partir du début des années 80, va entraîner des baisses des aides fédérales aux États par la diminution des exemptions de taxes sur les contrats de financement pour les gouvernements étatiques et locaux. Voir John Kincaid, « From Cooperative to Coercive Federalism », *Annals of The American Academy of Political and Social Science*, 509, May 1990, p. 149.

⁴⁷⁶ Voir le 3) C) §2 de cette section 2.

sert davantage les intérêts des gouvernements que ceux des citoyens, alors que la concurrence jouera en faveur des citoyens pour leur donner de meilleurs services, à des prix plus intéressants⁴⁷⁷. Il nous paraît raisonnable, dans cette vision, de trouver un juste équilibre entre fédéralisme coopératif et fédéralisme concurrentiel permettant de ne pas sombrer dans les excès d'un fédéralisme coopératif qui réduirait l'autonomie et la liberté d'action des États et du fédéral⁴⁷⁸ et les excès d'un fédéralisme concurrentiel qui tirerait vers le bas les ordres de gouvernement ou qui conduirait à des dominations d'ordre de gouvernement sur d'autres du fait de leur poids supérieur.

Pour comprendre ce principe de coopération, nous allons analyser les exemples de fédéralisme coopératif au Canada et au Brésil. Ces deux cas permettent d'illustrer différemment les conceptions variables de coopération.

B) Des conceptions variables du fédéralisme coopératif : les cas canadien et brésilien

Dans le cadre du fédéralisme coopératif, les Fédérations ont adopté une conception et une application de la coopération variable selon les cas. Les Fédérations canadienne et brésilienne illustrent très bien ces différences. Le Canada a vu le développement de la coopération provenir du droit reconnu aux minorités et prendre la forme, ensuite, de conférences informelles (1), alors que le Brésil a bâti sa conception de la coopération sur l'aide apportée par l'Union en cas de « *calamités publiques* » (2).

1) Le fédéralisme coopératif canadien ou le Treaty Federalism

Le *Treaty Federalism*, terme provenant des peuples autochtones canadiens, vise à sauvegarder les droits des groupes qui se sont associés⁴⁷⁹. Cela concerne la discussion politique, les relations continues de deux ou plusieurs partenaires. Chaque partenaire est autonome, mais les actions des uns affectant plus ou moins celles des autres, des accords sont passés. Dans ce type de relation, chacun a un statut égal à l'autre et il n'existe pas de

⁴⁷⁷ Voir Albert Breton, « Commentaires », *Rapport. Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada* (Commission Macdonald), Rapport, Approvisionnement et services Canada, 1985, vol. 3, pp. 554-600.

⁴⁷⁸ Voir F. Scharpf, « The Joint Decision Trap : Lessons from German Federalism and European Integration », *Public Administration*, vol. 66, automne 1988, pp. 239-278.

⁴⁷⁹ Thomas Hueglin, « From Constitutional to Treaty Federalism : A Comparative Perspective », *The Journal of Federalism*, 30 : 4, Fall 2000, p. 141.

rapport de domination. Thomas Hueglin considère que l'on trouve, ici, l'origine du fédéralisme coopératif. Néanmoins, ce type de fédéralisme coopératif ne peut s'appliquer au fédéralisme coopératif de manière générale. Il convient surtout au fédéralisme développé au cours de la première décennie du XXI^{ème} siècle et en devenir. Il symbolise bien les « *multi niveaux de gouvernance parmi les nombreux acteurs publics et privés aux histoires différentes et aux trajectoires socio-économiques variées* »⁴⁸⁰.

Au Canada, le phénomène de coopération intergouvernementale se réalise dans le cadre de conférences informelles. Ces conférences donnent lieu à des ententes ou des accords. Lorsque la coopération se fait d'un point de vue vertical, on parle de conférences *fédérale-provinciales*. Trois types de conférences existent⁴⁸¹ : les conférences des Premiers ministres (fédéral et provinciaux) qui ont lieu pour les matières les plus importantes et qui peuvent donner lieu à des accords et des programmes conjoints, les conférences des ministres (d'un même domaine) et qui préparent la réalisation de programmes, et les conférences de fonctionnaires qui ont lieu pour le suivi des mesures d'exécution. Chaque année, on dénombre une centaine de réunions informelles. Il existe aussi des relations bilatérales donnant lieu à des accords bilatéraux⁴⁸². Le développement de la coopération a favorisé la création d'institutions et de postes de fonctionnaires spécialisés dans la négociation et le travail intergouvernemental. Les exécutifs ayant aussi la charge de l'élaboration et de l'application des programmes adoptés, leur omniprésence a donné naissance à un véritable « *fédéralisme exécutif* »⁴⁸³. Pour Maurice Croisat, cela n'est que le résultat logique de la combinaison dynamique du parlementarisme majoritaire et des structures fédérales, car les exécutifs sont soutenus par un parti politique ou une coalition⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Thomas Hueglin, *op. cit.*, p. 141.

⁴⁸¹ Maurice Croisat, *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 1999, p. 103.

⁴⁸² Un exemple est l'accord bilatéral entre le gouvernement du Québec et le gouvernement canadien sur l'immigration (Accord Gagnon-Tremblay-McGougall *Canada-Québec relatif à l'immigration et à l'admission temporaire des aubains*, du 5 février 1991).

⁴⁸³ Voir Donald Smiley, *Canada in Question : Federalism in the Eighties*, Third Edition, MacGraw-Hill Ryerson Limited, 1980, pp. 91-119.

⁴⁸⁴ Maurice Croisat, *op. cit.* p. 114.

La coopération au Canada peut être vue comme un fédéralisme centralisateur. En effet, le poids du gouvernement fédéral est très important du fait de son rôle de *leader* dans les négociations et dans la mise en œuvre des actions. Cela résulte du rôle du gouvernement fédéral, en général, dans le système fédératif canadien. De plus, cela est renforcé par ses compétences et son pouvoir financier qui lui permettent d'avoir un rôle dominant dans les rencontres intergouvernementales.

Le type de coopération au Canada se singularise par une prépondérance de l'exécutif dans le processus de négociation. Les conférences intergouvernementales, qu'elles soient verticales ou horizontales et qu'elles concernent les Premiers ministres, les ministres ou les fonctionnaires, revêtent une particularité qui ne se retrouve ni aux États-Unis ni au Brésil. La coopération au Canada revêt donc un caractère très particulier.

2) Le Brésil et sa conception du fédéralisme coopératif

Le fédéralisme coopératif s'est construit très tôt dans l'histoire constitutionnelle brésilienne et a évolué tout au long du XX^{ème} siècle (a), conduisant à une conception particulière aujourd'hui (b).

a) L'évolution du fédéralisme coopératif au Brésil à travers la notion de « *calamité publique* »

La *Constitution de 1891* va permettre, en cas de circonstances extrêmes, le versement de subventions aux États membres dans le cas de « *calamité publique* »⁴⁸⁵. La publication d'un document du Ministre de la Justice, en 1897, fixa les conditions de coopération financière de l'Union. Ainsi, les relations intergouvernementales se développèrent à l'occasion de « *calamités publiques* » durant la première République par l'aide entre États voisins en cas de forts dégâts naturels dus aux intempéries ou aux sécheresses. L'Inspection fédérale des actions contre les sécheresses du Nordeste, créée par le décret n°7.619, du 21 octobre 1909 mit en place la coopération financière. La première coopération entre l'Union et les États apparut dans les *caudas orçamentárias*, actes budgétaires, mais de manière restreinte. La coopération se faisait de manière relativement

⁴⁸⁵ Ana Maria Brasileiro, « O Federalismo Cooperativo », *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 1974, n°39, Belo Horizonte, UFMG, p. 94.

ponctuelle, en fonction des circonstances et sans caractère systématique. La loi n°3.454 du 6 janvier 1918, fixant les dépenses générales pour l'exercice de l'année 1918, mentionna dans les dépenses du Ministère des Œuvres publiques deux types possibles de relations intergouvernementales, et ce, de façon occasionnelle. L'intervention qui devait être un cas rare et exceptionnel a été réalisée plus souvent que cela n'était prévu. L'action fédérale ne se réalisait pas pour corriger les anomalies affectant les aspects fondamentaux du système constitutionnel, mais pour créer une solidarité nationale⁴⁸⁶.

La *Constitution du 16 juillet 1934* créa la seconde République et modifia substantiellement la Fédération⁴⁸⁷. Ce nouveau fédéralisme centripète créa une nouvelle phase de relations intergouvernementales par la reconnaissance de l'autonomie des municipalités pour compenser la plénitude des pouvoirs de l'Union et la diminution des pouvoirs réservés aux États. C'est véritablement un fédéralisme coopératif qui se mit en place à partir de cette nouvelle Constitution⁴⁸⁸.

Si la *Constitution fédérale de 1946* évacua la coopération du domaine des aspirations de l'État fédératif et donc l'expérience qui avait été mise en place dans la *Constitution de 1934*, la coopération financière entre l'Union, les États, le District fédéral et les municipalités se développa davantage avec l'amendement constitutionnel n°18 du 1^{er} décembre 1965. La coopération financière conduisit à la fixation de volumes minimums de dépense fédérale dans des domaines qui ne disposent pas de ressources suffisantes pour que des objectifs de développement régionaux puissent être atteints. Ce fut le cas avec la création par l'entité fédérale d'un Plan et d'un fonds de défense contre les effets de la sécheresse dans le Nordeste⁴⁸⁹. La coopération prit de l'ampleur avec la création de budgets propres au développement régional⁴⁹⁰.

La nouvelle *Constitution du 24 janvier 1967* consacra l'expansion des pouvoirs fédéraux tout en maintenant le fédéralisme coopératif dans le domaine de répartition des

⁴⁸⁶ Raul Machado Horta, « Tendências do federalismo brasileiro », *Revista brasileira de estudos políticos*, n°28, janeiro de 1970, p. 17.

⁴⁸⁷ L'article 9 de la Constitution énonce la protection de la coopération en indiquant qu'il est de la compétence de l'Union et des États de « *conclure des accords pour une meilleure coordination et un meilleur développement* » des services.

⁴⁸⁸ Celina Souza, « Federal Republic of Brazil », in John Kincaid et Alan Tarr, *A Global Dialogue on Federalism - Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Montréal & Kingston, McGill – Queen's University Press, 2005, p. 80.

⁴⁸⁹ Article 198 de la *Constitution de 1946*.

⁴⁹⁰ La SUDENE (Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste) qui est une agence gouvernementale, en est un exemple.

recettes fédérales⁴⁹¹. La coopération fut permise par la création du *Fundo de Participação e da Distribuição de cotas do imposto da União*. Son rôle évolua pour permettre l'exécution et la planification du développement régional, matière de compétence de l'Union. La coopération connut ensuite une période de « *vide* »⁴⁹². La centralisation des pouvoirs eut pour conséquence logique de donner la maîtrise de tous les projets au gouvernement central et de soumettre les États membres à ses volontés. Les entités étatiques et municipales étaient alors de simples exécutants.

La notion de coopération dans le fédéralisme brésilien est donc fortement attachée à l'idée d'aide de l'Union en cas de « *calamité publique* ». Si la coopération a connu divers degrés d'application, par une aide plus ou moins appuyée de l'Union vers les entités étatiques, elle s'est étendue à de nouveaux domaines comme les finances publiques. La coopération va notamment se réaliser autour d'organismes ou d'agences compétents dans certains domaines d'action. Le caractère principal de la coopération est bien son caractère conjoncturel. Ce n'est qu'en cas de circonstances particulières (accident de toute sorte) que la coopération va se mettre en place pour aider les gouvernements qui n'ont pas les moyens d'agir seuls.

La *Constitution fédérative de 1988* va prévoir la coopération et notamment dans le cadre des relations entre États et municipalités.

b) La coopération actuelle au Brésil : l'exemple de la coopération entre les États et les municipalités

La gestion et la pratique de la répartition des compétences, dans le système fédératif brésilien, sont fondées sur la coopération, mais le rôle de chaque ordre de gouvernement, dans beaucoup de cas, reste indéterminé. Il est possible de donner l'exemple de l'article 23 de la *Constitution fédérative de 1988* qui requiert une loi complémentaire pour commencer le processus de coopération entre les gouvernements fédéral, étatiques et municipaux⁴⁹³. Selon la loi complémentaire 9394/1996, le gouvernement fédéral, en coopération avec les États et les municipalités, est compétent pour financer certaines

⁴⁹¹ Celina Souza, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁹² Raul Machado Horta, *idem*, pp. 40-41.

⁴⁹³ Voir Marcelo Piancastelli, « The Federal Republic of Brazil », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, McGill – Queen's University Press, 2006, p. 86.

institutions éducatives, comme les universités fédérales ou les écoles techniques présentes dans chaque État. Il en est de même pour l'élaboration des programmes nationaux d'éducation. Les articles 202 et 203 de la *Constitution fédérative de 1988* établissent le cadre du système national de santé. Selon l'article 203, l'objectif de ce système est de permettre une protection aux familles, aux enfants, adolescents, personnes âgées et aux handicapés, pour qu'ils puissent intégrer le marché du travail et pour que chacun ait un revenu minimum. Dans ce système, l'action doit être menée dans un cadre décentralisé dans lequel le gouvernement fédéral doit avoir pour rôle de coordonner les actions des différents ordres de gouvernement pour en dresser les règles générales. C'est ce que préconise l'article 204 de la *Constitution fédérative de 1988*⁴⁹⁴. Les États et les municipalités sont responsables de la mise en œuvre du programme, en coopération avec des institutions, comme cela est prévu à l'article 204.

Le fédéralisme coopératif au Brésil ne repose pas sur les mêmes origines que le fédéralisme coopératif canadien. L'évolution de ces deux approches a également été différente, même si aujourd'hui, le fédéralisme coopératif brésilien s'applique à des domaines identiques comme les domaines financiers ou de politiques publiques. La coopération canadienne est davantage institutionnalisée, même si la centralisation est un élément commun. La coopération envisagée dans le fédéralisme brésilien repose fondamentalement sur l'idée d'« aide ». L'entité fédérale a été le moteur de cette coopération en déterminant les rapports qui devaient exister entre elle et les entités étatiques ou locales et entre ces deux dernières. La centralisation semble donc moins importante dans la Fédération brésilienne aujourd'hui que dans la Fédération canadienne.

Il ne semble donc pas possible de définir un *modèle* prédéterminé de coopération. Elle se manifeste selon différentes formes, regroupant différents types d'individus (membres de l'exécutif fédéral, étatique, local, membres de l'administration, fonctionnaires...) et se

⁴⁹⁴ « Les actions gouvernementales dans le domaine de l'aide sociale sont financées par les ressources du budget de la sécurité sociale prévues à l'article 195 ci-dessus, ainsi que par d'autres sources, organisées selon les directives suivantes:

I - décentralisation politico-administrative, l'échelon fédéral étant responsable de la coordination et de la définition des normes générales, l'exécution des différents programmes revenant aux échelons subfédéraux et municipaux ainsi qu'à des entités de charité et d'assistance sociale; (...) ». Traduit par l'ambassade du Brésil en France.

réalise de diverses manières, annihilant toute ambition de déterminer un *modèle* de coopération dans le cadre d'un système fédératif.

C) La conception du fédéralisme coopératif aux États-Unis : de la coopération à la coercition

Le fédéralisme coopératif aux États-Unis s'est véritablement construit à partir des années 1930 (1) contre la nature même du fédéralisme étasunien dualiste⁴⁹⁵. Son évolution va le conduire, par une tendance à la centralisation, à muter en fédéralisme coercitif (2).

1) La formation du fédéralisme coopératif aux États-Unis

Nous l'avons vu, le fédéralisme américain n'a jamais opéré de stricte répartition des compétences entre les multiples instances administratives, que ce soit au niveau local, étatique ou national. Néanmoins, il a toujours existé une forme de coopération entre elles. Cette coopération a été permise par la *Constitution américaine* qui permet à chaque État membre de conclure des accords avec d'autres États, si le Congrès l'approuve en donnant son autorisation. C'est ce qui ressort de l'article 1, alinéa 10 du texte constitutionnel. Or, la culture américaine a, pendant de nombreuses années et encore aujourd'hui, laissé une grande indépendance aux États, et ces derniers se sont organisés de manière autonome.

Le fédéralisme coopératif est un concept qui s'est développé dans les années 1930. Auparavant, le fédéralisme américain était perçu par les ordres de gouvernement ainsi que par la Cour suprême, comme un fédéralisme de type dualiste. Ce n'est qu'en 1937, par un arrêt *National Labor Relations Board vs. Jones and Laughlin Steel Corporation*⁴⁹⁶ et un arrêt *Steward Machine Company vs. Davis*⁴⁹⁷, que la Cour suprême a reconnu que la Fédération étasunienne avait un caractère coopératif. Dès la fin du XIX^{ème} siècle, le domaine des transports se développe fortement du fait de la révolution industrielle et les collectivités locales ne disposant pas de moyens financiers suffisants pour répondre aux nouveaux besoins, une partie de leurs responsabilités ont été assurées par les États⁴⁹⁸. S'est alors instaurée une coopération entre les collectivités locales et les

⁴⁹⁵ Comme ce fut le cas pour la coopération dans la Fédération canadienne.

⁴⁹⁶ Cour suprême, *National Labor Relations Board v. Jones and Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. 1 (1937).

⁴⁹⁷ Cour suprême, *Steward Machine Company v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937).

⁴⁹⁸ voir Christophe Heckly et Eric Oberkampf, *La subsidiarité à l'américaine : quels enseignements pour l'Europe ?*, Paris, l'Harmattan, 1994, p. 36.

États membres. À la même époque, le pouvoir fédéral va lui aussi étendre ses compétences, notamment dans le domaine du commerce, avec l'*Interstate Commerce Act* en 1887. Cette loi donne le pouvoir au Congrès de réglementer le commerce dans les États. Cependant, un arrêt de la Cour suprême de 1893 va permettre aux États de passer des accords (*interstate compacts*) sans que l'autorisation du Congrès ne soit nécessaire, s'ils n'empiètent pas sur des compétences fédérales⁴⁹⁹. La coopération et l'élargissement des domaines de compétence du fédéral vont ensuite s'étendre à la santé, à l'éducation, à l'urbanisme et à l'agriculture.

Le fédéralisme coopératif va être amené sur la scène judiciaire par la décision *Massachusetts vs. Mellon* en 1923⁵⁰⁰ puis reconnu et défendu au fil du temps. C'est en particulier les pouvoirs du fédéral qui vont bénéficier de ce fédéralisme coopératif puisqu'en 1985, la Cour suprême va même décider que l'octroi de subventions fédérales ne représentait plus une condition nécessaire à l'application de lois fédérales dans les États membres⁵⁰¹. Un acte fédéral législatif suffit alors pour que l'État doive accepter « l'intrusion », sans avoir la possibilité de faire un recours devant les tribunaux⁵⁰². Le fédéralisme coopératif va donc se développer malgré son antinomie avec la logique dualiste de la Fédération étasunienne, d'abord d'un point de vue horizontal, puis vertical. Le développement de la coopération aux États-Unis se distingue donc des Fédérations canadienne et brésilienne.

2) La mutation du fédéralisme coopératif en fédéralisme coercitif

Les États-Unis ont connu deux grandes périodes dans l'histoire de leur fédéralisme coopératif. La première est une période de coopération verticale, et donc de centralisation, qui s'étend des années trente aux années soixante-dix (a). La seconde opère à partir des années quatre-vingt une transformation du fédéralisme coopératif en fédéralisme coercitif (b), qui est l'évolution de la logique de centralisation.

⁴⁹⁹ Cour suprême, *Virginia vs. Tennessee*, 148 U.S. 503 (1893).

⁵⁰⁰ Cour suprême, *Massachusetts vs. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923).

⁵⁰¹ Cour suprême, *Garcia vs. San Antonio Metro. Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985).

⁵⁰² Il s'agissait en l'espèce de l'application d'une loi fédérale qui conduisait à créer une nouvelle taxe en faveur du gouvernement fédéral. Cette loi allait à l'encontre du Cinquième Amendement de la Constitution étasunienne et conduisait à laisser au gouvernement fédéral une part de souveraineté de l'État du Massachusetts, selon les demandeurs. Christophe Heckly et Eric Oberkamp, *ibidem*.

a) La centralisation et la période des années trente aux années soixante-dix

Le fédéralisme étasunien est un fédéralisme dynamique, qui varie selon les circonstances et les conditions politiques, sociales et économiques⁵⁰³. Plusieurs périodes de relative ou forte centralisation se sont succédées au long du XX^{ème} siècle. L'analyse des périodes de centralisation permettra de mesurer *a contrario* les périodes de développement de la coopération.

Il est possible de noter une première période de centralisation dans la période entre les années trente et les années soixante, c'est-à-dire la période correspondant à la politique du *New Deal* et de la *Great Society*⁵⁰⁴.

Après la période du *New Deal* et à la suite de la Seconde Guerre mondiale, les États-Unis connurent un phénomène de nationalisme, une importante industrialisation et centralisation⁵⁰⁵. La coopération se développa alors entre le niveau local et le niveau fédéral, entre le public et le privé et entre les branches du gouvernement. Se développa une idée de coopération, illustrée, par exemple, par la création de l'*U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations* en 1959. Le fédéralisme coopératif permit d'aider certaines autorités locales qui n'en avaient pas les moyens à lutter contre les immixtions non consenties du gouvernement fédéral. La coopération a donc été, selon nous, une solution de régulation des forces centripètes de la vie industrielle moderne, en faisant des États des laboratoires de démocratie et des administrateurs de politique nationale. La coopération s'est aussi manifestée par l'aide du fédéral aux États fédérés qui considéraient que le gouvernement devait réguler le marché national pour protéger les individus des effets négatifs du capitalisme⁵⁰⁶. Le foisonnement des législations fédérales promulguées en réponse à la crise urbaine, permit de développer des programmes ou des services particuliers comme le *Family Assistance Program* ou des commissions consultatives dans les États. Enfin, dans le domaine des droits individuels, le fédéralisme coopératif permit la reconnaissance de beaucoup de droits du *Bill of Rights*

⁵⁰³ Tim Conlan, « From Cooperative to Opportunistic Federalism : Reflexions on the Half-Century Anniversary of the Commission on Intergovernmental Relations », *Public Administration Review*, 2006, n°5, p. 670.

⁵⁰⁴ Michael Burgess and Alain-G. Gagnon, *Comparative Federalism and Federation*, University of Toronto Press, 1993, p. 188.

⁵⁰⁵ John Kincaid, « From Cooperative to Coercive Federalism », *American Academy of Political and Social Science*, 509, May 1990, p. 141.

⁵⁰⁶ Michael Burgess and Alain-G. Gagnon, *op. cit.*, p. 189.

par la Cour suprême, renforçant l'impact du XIV^{ème} Amendement sur les gouvernements étatiques et locaux⁵⁰⁷.

Cette centralisation s'explique du fait des besoins économiques et militaires qui étaient devenus très importants et du fait que seul le gouvernement fédéral bénéficiait des ressources nécessaires pour mettre en oeuvre des programmes de grande ampleur⁵⁰⁸.

Enfin, dans les années soixante-dix, les États-Unis connurent un accroissement de la centralisation en raison de l'augmentation des fonds fédéraux et des subventions (de plus de 50%), due aux intérêts des membres du Congrès et de leur réélection⁵⁰⁹. Les fonds fédéraux et les subventions, souvent conditionnels, obligeaient les collectivités bénéficiaires à réaliser les objectifs déterminés par l'entité fédérale qui fournit la subvention. Les collectivités ne peuvent donc que suivre la ligne choisie par le gouvernement fédéral, rejetant toute forme de coopération entre collectivités non soumises les unes aux autres et manifestant une évidente centralisation des pouvoirs.

Ainsi, le fédéralisme qui avait un caractère dual a été remplacé, dans les années soixante, par un fédéralisme coopératif, lui-même remplacé par un fédéralisme coercitif. Daniel Elazar confirmait cela en écrivant : « *The federal government, under the guise of "cooperative federalism", has changed its role from being supportive-playing a "backstopping role", to being coercive and even pre-emptive* »⁵¹⁰. Le Professeur Elazar expliquait le fédéralisme coercitif comme un fédéralisme qui « *combines federal mandates and pre-emption with tax-code measures that restrict state and local powers and shift costs to state and local governments* »⁵¹¹.

En effet, dans les années soixante-dix, le développement des taxes et des impôts et l'association des gouverneurs pour mener des politiques à plus petite échelle,

⁵⁰⁷ John Kincaid, *op. cit.*, p. 144.

⁵⁰⁸ Voir Michael J. Laslovich, « The American Tradition : Federalism in the U.S. », in Michael Burgess et Alain-G. Gagnon (dir.), *ibidem*.

⁵⁰⁹ Voir pour cela John E. Chubb, « Hopes, Fears and Federalism », *Paper for the Constitutional Bicentennial Conference*, Nelson A. Rockefeller Center, Dartmouth College, Hanover, New Hampshire, octobre on 21th 1986, p. 4.

⁵¹⁰ « *Le gouvernement fédéral, sous une apparence de "fédéralisme coopératif", a modifié son rôle et est passé d'un rôle d'acteur subsidiaire assurant une sécurité en dernier ressort à un rôle coercitif et préventif* » (traduit par nous) Daniel Elazar, « American Federalism Today : Practice vs Principle » in Robert B. Hawkins Jr, *American Federalism : A New Paternship for Republic*, San Francisco, Institute for Conteporary Studies, 1982, p. 46.

⁵¹¹ « *combine des missions fédérales de préemption avec mesures des fiscales qui réduisent les pouvoirs étatiques et locaux et transfèrent les coûts vers les gouvernements étatiques et locaux* » (traduit par nous) Daniel Elazar, « Opening the Third Century of American Federalism : Issues and Prospects », *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol.509, May 1990, p. 26.

conduisirent à une crise nationale. Ainsi, à la fin des années soixante-dix, les défis politiques qui avaient stimulé le fédéralisme coopératif militèrent contre la coopération⁵¹².

Les États-Unis ont donc balancé entre centralisation et coopération. Ces deux tendances ne sont pas contradictoires, mais se sont relativement complétées tout au long du XX^{ème} siècle. La coopération peut permettre une relation de subordination d'un acteur sur une autre. La coopération n'implique pas forcément l'égalité des acteurs, même si cela est souhaitable pour éviter toute supériorité et influence d'un acteur sur un autre. L'emphase d'après-guerre relative à la coopération construite sur l'idée de partage intergouvernemental servit le fédéralisme coopératif en en faisant un outil rhétorique pour soulager les peurs des individus à l'égard de la centralisation.

b) Le passage au fédéralisme coercitif dans les années quatre-vingts

L'embargo arabe sur le pétrole, le développement du pluralisme religieux, l'affaire du *Watergate* et la guerre du Vietnam entraînèrent un malaise dans la société étasunienne⁵¹³. La victoire des républicains aux élections présidentielles dans les années quatre-vingts accrût les tentations de renforcer le pouvoir fédéral. Globalement, le fédéralisme devint alors moins coopératif⁵¹⁴. Ronald Reagan coupa les liens entre le local et le fédéral⁵¹⁵. Le fédéralisme coercitif pouvait alors progresser librement car la Constitution étasunienne ne posait que très peu d'obstacles à l'action fédérale. Ainsi, les réformes structurelles du système politique contribuèrent au développement du fédéralisme coercitif.

Les années quatre-vingt-dix, du fait de conditions conjoncturelles propres, entraînèrent une vision plus complexe du fédéralisme avec une idée de coopération, mais également de compétition⁵¹⁶. La compétition intergouvernementale fut le plus souvent

⁵¹² Tim Conlan, « From Cooperative to Opportunistic Federalism : Reflexions on the Half-Century Anniversary of the Commission on Intergovernmental Relations », *Public Administration Review*, 2006, n°5, p. 670.

⁵¹³ John Kincaid, « From Cooperative to Coercive Federalism », *American Academy of Political and Social Science*, 509, May 1990, p. 146.

⁵¹⁴ Une illustration de cette tendance est le quasi doublement du nombre de préemptions de la part du gouvernement fédéral sur les autorités locales et étatiques dès le début des années soixante-dix et la réduction des aides fédérales, voir Tim Conlan, *op. cit.*, p. 666.

⁵¹⁵ Il dérégula l'économie, réduisit l'action sociale du gouvernement fédéral en diminuant les dépenses sociales directes et élimina, pour les États, la déductibilité de la T.V.A. des dettes de l'impôt sur le revenu de la Fédération. Il réduisit également les exonérations de contrat de financement au niveau local.

⁵¹⁶ John Kincaid, *idem*, p. 151.

vue comme une ennemie du fédéralisme coopératif, mais la compétition permet d'éviter la collision entre les politiques gouvernementales étatiques et la nationalisation.

Selon la logique du système fédératif de recherche d'équilibre entre le local et le national, il semble que le fédéralisme conduise à une forme de compétition entre les États et l'entité fédérale. La compétition devrait ainsi impliquer la protection de certains domaines et de certains pouvoirs à chaque partenaire et donc un certain dualisme dans le système fédératif, protégé par des règles constitutionnelles.

Aujourd'hui et dans le cadre du fédéralisme coopératif, les assemblées parlementaires et tout particulièrement le Congrès ont un rôle décisif dans la mise en œuvre des programmes intergouvernementaux. En effet, les programmes étant souvent financés par des subventions fédérales (*block-grants*)⁵¹⁷, le gouvernement central impose des normes de conduite aux autorités fédérées, bien que cela concerne les domaines de compétence (législatives ou administratives) de celles-ci. Cela confère donc un pouvoir législatif et réglementaire au gouvernement fédéral. De plus, l'autorité fédérale opère un contrôle sur l'application des subventions, créant une sujétion des entités fédérées. Une véritable centralisation est donc mise en œuvre, du fait d'un exercice (indirect) unique des compétences législatives. Les auteurs parlent alors de « *nationalisation* » des gouvernements des États membres, conduisant à la transformation des États-Unis en « *État-Uni* »⁵¹⁸.

La Fédération étasunienne a donc développé un système de coopération très singulier vis-à-vis des Fédérations canadienne et brésilienne. Le rôle du gouvernement fédéral y est assez fort et c'est par lui que les tendances centralisatrices ou décentralisatrices ont été amenées. Par rapport à la coopération au Brésil, les évolutions de la coopération ne résultent pas de modifications du texte constitutionnel mais davantage de l'interprétation de celui-ci par la Cour suprême ou par l'action du gouvernement fédéral. Cela est donc très différent du cas canadien qui a institutionnalisé des rencontres fédérale-provinciales

⁵¹⁷ Maurice Croisat, *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, 3^{ème} édition, Montchrestien, 1999, p. 107.

⁵¹⁸ Voir Théodore J. Lowi, « Europeanization of America ? From United States to United State », *Nationalizing Government*, éd. London, Sage Publications, 1978, pp. 15-33.

qui sont relativement maîtresses de la coopération. Aucun *modèle* ne peut donc être identifié entre les trois Fédérations américaines.

CONCLUSION

L'un des éléments fondamentaux sur lequel se fonde toute Fédération est la détermination pour chaque ordre de gouvernement de ses compétences. La pierre angulaire des constitutions fédératives est la répartition des compétences car elle détermine les pouvoirs reconnus à chaque composante. Elle est généralement fondée sur trois types d'éléments. Le premier consiste en une répartition des compétences selon chaque niveau de gouvernement. Le texte constitutionnel doit déterminer les compétences reconnues à chaque ordre de gouvernement ou, à tout le moins, déterminer les compétences d'un ordre de gouvernement, notamment exclusives. Le second implique l'existence d'une clause reconnaissant la suprématie de l'entité fédérale pour la stabilité nationale. Nous considérons que cette clause n'est absolument pas nécessaire, et ne fait pas partie des conditions propres à l'existence d'une Fédération. En effet, il est possible, lorsqu'un conflit de compétence est révélé, que l'ordre de gouvernement responsable soit déterminé en fonction de la nature ou de la matière concernée par le conflit. Il est également possible de tenir compte de la capacité à pouvoir agir dans le domaine conflictuel, selon les capacités financières, notamment. Enfin, le troisième élément implique la présence d'une clause de compétences résiduelles qui attribue les nouvelles compétences ou les compétences non énumérés par la Constitution, à un ordre de gouvernement.

Pourtant, chacune des trois Fédérations étudiées dans ce travail n'organise pas de la même façon ses pouvoirs et ses compétences. D'abord, d'un point de vue organique, que cela concerne l'attribution de compétences exclusives, simultanées ou résiduelles, les répartitions sont variables selon les Fédérations. Ceci est vrai en ce qui concerne la répartition des compétences originelles, c'est-à-dire dans le texte constitutionnel premier, fondant la Fédération, mais également en ce qui concerne l'évolution et les changements opérés dans les modifications constitutionnelles suivantes. Ensuite, d'un point de vue fonctionnel, la variété d'organisation de la répartition des compétences est clairement identifiable dans les trois Fédérations américaines. L'organisation symétrique du texte constitutionnel canadien s'oppose radicalement à l'asymétrie brésilienne. De plus, la mise en œuvre de la coopération est différente au Canada, où elle est organisée sous forme de conférences ou de rencontres intergouvernementales, et au Brésil, où la coopération est institutionnalisée dans une moindre mesure. Cela est également très

différent aux États-Unis où la coopération est organisée, la plupart du temps, sous l'égide des exécutifs et s'est transformée en véritable coercition.

Concernant l'organisation de la répartition des compétences, il ressort de nos analyses qu'elle est pour les trois Fédérations fonction de leur histoire et de leurs besoins à l'époque de la rédaction de leur texte constitutionnel. Il existe d'importantes différences entre les Fédérations canadienne, brésilienne et étasunienne dans la répartition des compétences, qu'elles soient exclusives, partagées ou résiduelles. La doctrine fédérative ne reconnaît pas de partage des pouvoirs type entre les entités fédérale et fédérées. Michel Mouskhely explique ainsi qu'« *il serait tout à fait erroné de croire qu'une certaine division des pouvoirs corresponde mieux à la nature de l'État fédéral* »⁵¹⁹.

En conséquence, ce chapitre met en avant le caractère essentiel, dans la **définition** du fédéralisme, de la répartition des compétences et de l'organisation des pouvoirs législatifs et exécutifs. Pour autant, la variabilité des organisations dans les trois Fédérations étudiées ne permet pas de dégager un *modèle* de répartition des compétences ni d'organisation des pouvoirs. Il semble donc pertinent de considérer l'organisation des compétences législatives comme un instrument pouvant être utilisé dans chaque Fédération et permettant de construire une organisation idoine, selon les conditions historiques, politiques et sociales. Nous parlerons donc d'*outil* pour identifier cet instrument. La répartition des compétences législatives est donc un *outil fédératif*.

⁵¹⁹ Michel Mouskhely, *La théorie juridique de l'État fédéral*, Paris, Pedone, 1931, cité par Jean Anastopoulos, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, L.G.D.J., 1979, p. 23.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

Ce titre premier aura eu pour objectif de comprendre et d'identifier les premiers éléments de **définition** du fédéralisme, d'abord par une analyse évolutive comparée puis par une analyse organisationnelle. Cela a été réalisé par la recherche des caractères du fédéralisme, déjà identifiés par Althusius et qui se retrouvent encore aujourd'hui dans le fédéralisme *moderne*. La conception *moderne* et pratique du fédéralisme a modifié la pensée et l'organisation du fédéralisme de manière importante, notamment par le renversement de la construction de la Fédération qui est passée d'un rapport ascendant à un rapport descendant (Canada, Brésil). Cela va donc avoir des conséquences sur la construction de chaque Fédération. La conception *moderne* ne correspond donc pas à la conception *originelle*, ce qui empêche de trouver une définition identique pour ces deux conceptions du fédéralisme. Cependant, il ressort du premier chapitre du titre premier que le caractère contractuel de la formation de la Fédération (et donc du Pacte constitutionnel), la répartition des compétences⁵²⁰ et la subsidiarité⁵²¹ sont des éléments structurants du fédéralisme.

C'est ensuite par l'analyse organisationnelle des diverses répartitions des compétences législatives et exécutives dans les trois Fédérations américaines que notre travail s'est porté. La répartition organique, tout comme la répartition fonctionnelle des compétences varient selon chaque Fédération et ne peut permettre de déterminer un *modèle* propre au fédéralisme.

À ce stade de notre travail, nous pouvons constater que le fédéralisme *moderne* n'a que peu de points communs avec le fédéralisme *originel*. Il n'est donc pas possible pour le moment d'offrir une première définition du fédéralisme, même si des éléments communs sont identifiables. À l'évidence, on ne peut considérer, au regard des éléments que nous venons d'étudier, l'existence d'un *modèle fédératif*, ou en tout cas, d'identifier des éléments pouvant appartenir à un *modèle fédératif*. Seuls le caractère contractuel, l'organisation des compétences et la subsidiarité recouvrent, à nos yeux, un caractère

⁵²⁰ La répartition des compétences comprend les compétences législatives et exécutives mais également les compétences financières qui sont le moyen de mettre en œuvre les compétences législatives et exécutives.

⁵²¹ La subsidiarité est mise en avant par Althusius et se manifeste dans le fédéralisme *moderne* en tant que conséquence de la répartition des compétences afin d'éviter des blocages en cas de compétences exclusives, notamment.

essentiel dans la définition du fédéralisme, même si les trois Fédérations américaines ont chacune adopté une organisation propre et différente des autres. Néanmoins, nous pouvons conclure que l'organisation des pouvoirs législatifs et la répartition des compétences législatives peuvent être perçues comme des *outils fédératifs*, c'est-à-dire des instruments se retrouvant dans les trois Fédérations mais ayant fait l'objet d'adaptations.

Pour aller plus loin dans cette analyse, il est donc nécessaire de continuer l'étude des Fédérations canadienne, étasunienne et brésilienne selon d'autres aspects essentiels du fédéralisme pour voir si les premiers résultats que nous avons constatés seront infirmés ou confirmés par l'étude de l'organisation des compétences financières au sein des Fédérations et par la reconnaissance et la mise en œuvre de la subsidiarité.

Titre second

La conception et l'organisation du fédéralisme : des applications variables

Pour continuer notre travail sur la définition du fédéralisme et la question de l'existence d'un *modèle fédératif*, notre analyse va se porter maintenant sur deux autres aspects essentiels de la logique fédérative que nous avons identifiés précédemment.

Le premier aspect qui fera l'objet du premier chapitre portera sur l'organisation des compétences financières et donc des finances publiques. Celle-ci est le corollaire de la répartition des compétences législatives. En effet, la répartition des compétences comprend les compétences législatives, exécutives et les compétences financières car sans moyen de mise en œuvre financier, les compétences législatives et exécutives n'ont aucune portée. Ce chapitre aura, plus particulièrement, pour objet l'organisation du pouvoir financier des différents ordres de gouvernement à l'intérieur des trois Fédérations américaines. Après avoir étudié l'organisation des pouvoirs législatifs et exécutifs, ainsi que la répartition des compétences, il paraît nécessaire de savoir comment ces deux pouvoirs peuvent être mis en œuvre matériellement. Ce chapitre portera ainsi sur la question des règles adoptées et appliquées dans les diverses Fédérations dans le champ des finances publiques. Il s'attachera ensuite à comprendre comment est organisée la maîtrise des ressources et du pouvoir de dépenser (**chapitre premier**).

Le second aspect, qui sera traité dans le chapitre second de ce second titre, traitera de la question de la subsidiarité. Elle représente un aspect essentiel du fédéralisme, tel que défini par Althusius et en tant que découlant de la répartition des compétences dans le fédéralisme *moderne*. Celle-ci permet de réguler la répartition des compétences prévues par le texte constitutionnel. Or, il sera intéressant de voir d'abord comment la subsidiarité est perçue dans chaque Fédération et ensuite comment elle est utilisée et mise en œuvre. Si l'étude de la subsidiarité vient après celle, plus « *pratique* » de l'organisation des pouvoirs financiers, c'est parce qu'elle représente un principe de « *régulation* » qui dépend des pouvoirs législatifs et financiers, tels qu'ils sont prévus dans chaque Fédération. La subsidiarité n'interviendra donc qu'*a posteriori*, suivant la mise en œuvre des pouvoirs législatifs et financiers. Ce chapitre s'attachera d'abord à

faire une étude de la subsidiarité par son origine et par ses diverses conceptions à l'heure contemporaine, pour cerner à sa juste valeur ce qu'est la subsidiarité. Il différenciera par la suite les conceptions et les mises en œuvre variables dans les trois Fédérations américaines ainsi qu'en Europe, puisque sa conception y est particulière et est celle à laquelle se réfèrent les chercheurs français (**chapitre second**).

Ces deux chapitres permettront de poursuivre l'étude des Fédérations canadienne, étasunienne et brésilienne pour tenter de déterminer un cadre à la **définition** du fédéralisme et de rechercher l'existence d'un *modèle fédératif*⁵²².

Chapitre premier

Les organisations distinctes des finances publiques

Chapitre second

La subsidiarité et le fédéralisme : reconnaissance et champs d'intervention différents

⁵²² Le modèle est entendu dans ce travail comme un ensemble de traits principaux, transposé dans différents États, s'imposant comme étant la référence. Le modèle repose donc sur l'expérience, l'existence *a priori* d'un modèle déjà construit. Voir la définition posée à la page 21 de l'introduction.

CHAPITRE PREMIER

LES ORGANISATIONS DISTINCTES DES FINANCES PUBLIQUES

Aujourd'hui, les organisations des finances publiques au sein des Fédérations sont extrêmement variées et variables. Si des grands principes propres au fédéralisme financier pouvaient être identifiés auparavant, comme l'autonomie des collectivités composant la Fédération et la maîtrise de leurs ressources ainsi que de leurs dépenses, ils ne se retrouvent plus dans les systèmes financiers fédératifs actuels. De plus, si des phénomènes communs sont perceptibles dans les Fédérations étudiées ici, tels que la centralisation et la concurrence fiscale, ils apparaissent comme les conséquences conjoncturelles de choix politiques qui n'ont rien à voir avec l'organisation du système fédératif.

Il ressort que les systèmes fédératifs sont sortis des cadres théoriques propres au fédéralisme et que les organisations financières prennent des formes diverses et changeantes, selon les circonstances. La maîtrise des ressources, tant des États membres de la Fédération que des collectivités locales ou de l'entité fédérale dans les cas étudiés ici, varie donc selon les systèmes, tout comme le pouvoir de dépenser et donc les marges d'action de chaque entité composant la Fédération. L'Institut des Relations Intergouvernementales du Canada explique que dans le cadre de l'organisation des finances publiques en système fédératif, il n'existe pas de solution générale, mais des solutions appropriées aux niveaux financier, fiscal, économique et institutionnel⁵²³.

Dans le cadre de ce chapitre, seront prises comme exemple les Fédérations que nous étudions depuis le début de ce travail, c'est-à-dire le Canada, les États-Unis et le Brésil. Pour apporter un nouvel argument à la thèse que nous défendons tout au long de ce travail, consistant à déterminer les éléments de **définition** du fédéralisme et à réfléchir

⁵²³ Voir Institut des Relations Intergouvernementales, *Liaison intergouvernementale dans le domaine de la fiscalité et de l'économie*, University Queen's, l'Imprimerie de la Reine, Ottawa, 1969.

sur l'existence d'un *modèle fédératif*, nous tenterons de montrer que la variabilité des organisations financières des trois pays analysés conduit à considérer qu'aucun cadre commun ne peut être dégagé. Chaque système fédératif a adapté son organisation financière et les compétences de chaque ordre de gouvernement selon ses propres besoins. Cela exclut donc tout *modèle* qui pourrait servir à définir le fédéralisme financier.

Ce chapitre sera divisé en deux temps. Un premier temps se rapportera à la variabilité des organisations des finances publiques dans les trois systèmes fédératifs que nous étudions et plus particulièrement sur les cadres de ces organisations (**section 1**). Un second temps se centrera davantage sur les compétences financières des deux grands ordres de gouvernement que sont l'ordre fédéral et les ordres fédérés et aura donc une approche plus pratique (**section 2**).

Section 1 Le fédéralisme financier : un cadre difficilement respecté et distinct dans les diverses organisations des finances publiques

L'organisation des finances publiques est un élément essentiel dans la **définition** du fédéralisme. Celle-ci permet de savoir quels pouvoirs financiers sont attribués à chaque ordre de gouvernement et ainsi, leur degré d'autonomie. Une partie de la doctrine a pu établir des principes généraux pour dégager un *modèle* de fédéralisme financier⁵²⁴. Au sein des trois Fédérations américaines que nous prenons pour objet d'étude, il semble que les règles qui étaient généralement respectées en système fédératif aient été adaptées à chaque Fédération. Ainsi, aucun cadre, dans l'organisation des finances publiques, ne peut être établi. Il semble que les Fédérations à l'heure actuelle ne respectent plus un certain nombre de ces principes « *classiques* » (§1). Cela se manifeste de manière significative dans les trois Fédérations américaines. Les diverses organisations analysées conduisent donc à des conséquences tout à fait particulières dans les exemples utilisés (§2).

⁵²⁴ Voir par exemple, Jean Anastopoulos, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1979, 440 p.

§1 Des principes fédératifs classiques non respectés

Pour montrer que les grands principes propres au fédéralisme financier ne sont pas respectés dans les Fédérations étudiées ici, afin de rejeter l'existence d'un *modèle fédératif* au niveau de l'organisation des finances publiques, il semble intéressant d'analyser dans un premier temps le cadre général des finances publiques en système fédératif (A) et de voir que dans les Fédérations canadienne, étasunienne et brésilienne, ces règles ne sont pas respectées (B).

A) Le cadre général des finances publiques en système fédératif

Des règles générales « *classiques* » propres à l'organisation des finances publiques fédératives ont pu être dégagées des principes fondamentaux du fédéralisme (1). Pour saisir ces règles du fédéralisme financier, il convient de savoir différencier ce système des systèmes financiers confédéral et unitaire (2) pour comprendre ensuite la portée des règles « *classiques* », touchant notamment la délimitation des compétences fiscales (3).

1) Les règles générales classiques des finances publiques

L'étude du fédéralisme, si elle souhaite être complète, ne peut échapper à l'étude de ses aspects financiers, car l'organisation des finances publiques est liée à la forme d'aménagement du pouvoir. Cette organisation peut varier selon les pays, et la compétence financière de chaque entité dépend de la répartition constitutionnelle choisie. De plus, les règles à l'intérieur d'un même système peuvent varier selon les conjonctures, lui conférant une logique variable et évolutive. Ainsi, le fédéralisme financier d'une Fédération peut passer d'une logique libérale à une logique interventionniste⁵²⁵.

Les principes de répartition et de coopération sont deux aspects essentiels du fédéralisme financier⁵²⁶. À ces principes, est liée la logique de péréquation, qui peut être verticale quand il s'agit de la répartition des dépenses et des ressources entre les États membres et les collectivités locales, et horizontale lorsqu'elle concerne l'égalisation de la capacité de financement des États membres.

⁵²⁵ Voir le cas des États-Unis avant la mise en œuvre du *Welfare State*, ou du Canada après la seconde guerre mondiale.

⁵²⁶ Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *Federalism in America*, Wesport, Connecticut, Greenwood Press, 2006, p. 252.

Dans les systèmes fédératifs, la division des compétences se fait par la Constitution fédérative. Pour autant, Jean Anastopoulos considère qu'une « *division constitutionnelle permanente des fonctions étatiques, fédérales et fédérées* » n'existe pas en raison de l'autorité du gouvernement fédéral pour déterminer la répartition des compétences et de l'augmentation des compétences concurrentes⁵²⁷. De plus, il convient d'ajouter qu'une répartition figée ne peut convenir à une entité fédérative du fait de la nature même de la Fédération qui est un balancement perpétuel entre des forces à la recherche d'un équilibre.

En ce qui concerne les dépenses, l'autonomie des instances fédérées est très importante puisqu'elles sont maîtresses de leurs prises de décisions du fait du principe de responsabilité financière et de la concordance des compétences et des charges financières. Ce qui fait dire tout à la fois à Guy Héraud que le partage des ressources doit permettre à « *chaque collectivité, chaque organe, chaque personne d'être à même d'utiliser effectivement les pouvoirs juridiques qui lui sont reconnus* »⁵²⁸ et à K. C. Wheare que « *le gouvernement général et les gouvernements régionaux doivent avoir, sous leur propre contrôle et en entière indépendance, des ressources financières suffisantes pour accomplir leurs fonctions exclusives* »⁵²⁹. Jean Anastopoulos parle, lui, de « *principe de connexité* », pour désigner le fait que « *la répartition des charges financières suit la répartition constitutionnelle des compétences* »⁵³⁰. Le principe de connexité entre les attributions d'une collectivité et les charges signifie que chaque niveau de l'administration doit assumer les charges résultant de ses décisions. Ainsi, dans la grande majorité des systèmes fédératifs la répartition des charges financières suit la répartition constitutionnelle des compétences, comme garantie constitutionnelle du partage des compétences⁵³¹.

La répartition des charges financières est inscrite au budget des diverses entités et leurs dépenses sont liées à leurs compétences. Cela s'applique, en principe, à tous les ordres de gouvernement. Les instances composant la Fédération sont soumises au principe de responsabilité financière qui les conduit à être responsables de leurs finances,

⁵²⁷ Jean Anastopoulos, *idem*, p. 15.

⁵²⁸ Guy Héraud, *Les principes du fédéralisme et de la fédération européenne*, Paris, Presses d'Europe, 1968, p. 60.

⁵²⁹ K.C. Wheare, *The Federal Government*, New York, Oxford University Press, 1964, p. 23.

⁵³⁰ Jean Anastopoulos, *idem*, p. 25.

⁵³¹ Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *ibidem*.

tant de leurs dépenses que de leurs ressources. Les principes propres au fédéralisme que sont les principes d'autonomie, de participation, de séparation et de coopération s'appliquent également au fédéralisme financier.

Pourtant, ni la Constitution étasunienne, ni la Constitution canadienne n'organisent une répartition des charges. Néanmoins, le lien logique et implicite entre la répartition des compétences et la répartition des dépenses étant reconnu et accepté, la reconnaissance formelle n'est pas nécessaire selon les gouvernements fédéraux. De plus, les interprétations des textes constitutionnels ont reconnu aux gouvernements fédéraux étasunien et canadien un pouvoir général de dépenser, pour « *le bien-être général des États-Unis* » ou « *pour le service public* » du Canada. Cela signifie que le pouvoir législatif fédéral pourra agir dans des domaines de compétences qui ne sont pas les siens, sous respect de ces conditions.

2) Les différences entre système financier fédératif, confédéral et unitaire

Le système financier fédératif se différencie des systèmes financiers confédéral et unitaire notamment en termes de degrés d'autonomie.

L'autorité confédérale est davantage limitée du fait de la nécessité du vote à l'unanimité par rapport à l'autorité fédérale qui a une capacité de décision moins contraignante. De plus, au sein du système confédéral, le pouvoir central ne détient pas de pouvoirs financiers autonomes et la compétence pour la création de recettes dépend des États confédérés.

Au sein des États unitaires, les collectivités décentralisées sont moins autonomes, financièrement, que les collectivités fédérées. Elles peuvent disposer de ressources propres mais celles-ci doivent avoir été autorisées, voire décidées, par le Parlement national. Il existe donc une tutelle administrative et financière de la part du Parlement national sur les collectivités décentralisées.

Par rapport aux États unitaires, les instances fédérées disposent de ressources propres et participent à l'élaboration des politiques financières fédérales. L'instance fédérale peut, elle aussi, jouir de revenus exclusifs. Chaque instance peut mettre en œuvre une fiscalité propre et se servir de ses revenus comme elle l'entend. C'est du moins le principe général, mais nous allons voir que l'évolution des systèmes fiscaux fédératifs a limité le pouvoir des instances fédérées.

3) *Les règles classiques de délimitation des compétences fiscales*

Dans les cas de délimitation stricte des compétences fiscales, les sources de revenus sont divisées et chaque ordre de gouvernement perçoit une ou plusieurs sources de manière exclusive. La délimitation est faite, la plupart du temps, dans le texte constitutionnel fédératif. Celui-ci prévoit soit les compétences de chacun des ordres de gouvernement, soit les compétences de l'un des ordres, laissant à l'autre les compétences non envisagées. Selon Jean Anastopoulos, dans la plupart des Fédérations, les matières fiscales indirectes sont laissées à la compétence du fédéral, alors que les compétences directes sont laissées aux États⁵³². Cela s'explique par le fait que laisser la compétence fiscale indirecte à la fédération permet d'instaurer un régime fiscal uniforme et permet également d'empêcher la création de barrières entre États. Ainsi, le fédéralisme fiscal traditionnel considère que les impôts sur les entités à haute mobilité doivent être perçus par le gouvernement fédéral alors que les impôts sur les entités à faible mobilité doivent être perçus par les gouvernements des États ou locaux⁵³³. De plus, l'attribution des compétences fiscales directes aux États s'explique par le fait que le recouvrement des recettes implique des techniques administratives plus complexes, dont les États ont l'expérience⁵³⁴. C'était notamment le cas du Brésil sous l'empire des *Constitutions de 1946* et de *1967* qui ont attribué à la fédération le droit de légiférer pour établir les principes généraux financiers. La fédération a ainsi pu interdire aux États d'établir certains impôts et permis d'intervenir dans les finances des États. Ces deux Constitutions ont établi un partage clair des compétences fiscales des trois ordres de gouvernement que sont l'Union, les États et les municipalités, laissant la capacité à chaque ordre d'administrer librement ses instruments fiscaux tant qu'ils n'entrent pas en conflit avec les autres ordres de gouvernement.

Cependant, lorsque les décalages sont trop importants entre le texte constitutionnel et la réalité pratique, il est nécessaire d'opérer les changements de manière officielle. Ainsi, les États-Unis ont décidé de réviser leur texte constitutionnel originel pour modifier la délimitation des pouvoirs fiscaux, ceci, dans l'optique d'un

⁵³² Voir Jean Anastopoulos, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1979, p. 139-140.

⁵³³ Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *ibidem*.

⁵³⁴ Voir J.P. Martin, « Les rapports entre la fiscalité fédérale et les systèmes d'impôts fédérés », *Revue de science et de législation financière*, 1950, p. 554.

élargissement des recettes fédérales⁵³⁵. Au Canada, par contre, c'est la logique des accords qui a été privilégiée. Les difficultés pour réviser la *Constitution de 1867* ont conduit les provinces et le pouvoir central à utiliser la technique des accords. Dès la deuxième moitié du XX^{ème} siècle, des accords temporaires ont été passés pour transférer des compétences provinciales au gouvernement fédéral. Selon Bernard Bissonnette, cette pratique s'est opérée de 1941 à 1956 et avaient pour nom des conventions de « *locations des domaines fiscaux* »⁵³⁶. Ces accords concernaient surtout des impôts directs (sur les revenus des particuliers et des sociétés ou droits de succession). La fédération, en échange, versait un « *loyer* », c'est-à-dire des subventions de compensation non affectées. Par la suite, des accords quinquennaux ont été signés pour organiser les relations financières entre le fédéral et les provinces et étaient « *consignés [...] dans le texte d'une loi fédérale, qui tient lieu de véritable constitution financière fédérale* »⁵³⁷.

Les règles générales et *classiques* du fédéralisme fiscal sont donc surtout des règles délimitant les compétences financières de chaque ordre de gouvernement, de manière à assurer l'autonomie de chaque entité. Ainsi, le principe de connexité et le principe de responsabilité financière, fondant le principe d'autonomie, doivent permettre à chaque composante de la Fédération d'avoir des pouvoirs et des champs de compétences propres à chacun, de manière à respecter les droits de chacune d'entre elles. Une délimitation stricte des compétences est donc nécessaire pour assurer cela. Pourtant, il apparaît que ces principes ne sont pas respectés dans les cas étudiés.

B) Le non respect des règles générales classiques dans les trois Fédérations américaines

Il s'agira ici de voir comment les règles générales du fédéralisme financier ne sont plus véritablement appliquées et en quoi l'on ne peut plus identifier clairement de *modèle* de fédéralisme financier. Pour cela, nous montrerons qu'il n'existe plus de véritable séparation des compétences (1), que les organisations prises pour objet d'étude ont connu

⁵³⁵ Le XVI^{ème} amendement de la Constitution étasunienne a permis au gouvernement fédéral de prélever des impôts et de dépenser pour la « *défense commune et le general Welfare* ».

⁵³⁶ Georges Bissonnette, *Essai sur la Constitution du Canada*, Montréal, Editions du Jour, 1963, pp. 121 à 137.

⁵³⁷ Jean Anastopoulos, *idem*, p. 151.

des évolutions différentes (2) et enfin que ces organisations financières sont très différentes aujourd'hui (3).

1) L'absence de séparation des compétences et le dépassement des délimitations classiques

La délimitation des compétences fixée par les textes, la plupart du temps constitutionnels, ne semble plus être respectée aujourd'hui puisque le gouvernement fédéral utilise différents types de moyens pour agir dans des domaines qui ne sont pas de sa compétence. Il existe donc un dépassement de la délimitation constitutionnelle des compétences fiscales (a) et par là même, une absence de *modèle* de partage des pouvoirs financiers (b).

a) Le dépassement de la délimitation constitutionnelle des compétences fiscales

Il résulte d'un certain nombre de cas, comme aux États-Unis, au Canada ou d'une certaine manière au Brésil, que la pratique fiscale ne correspond plus nécessairement aux règles inscrites originellement dans les textes organisant les finances publiques. En effet, les aménagements des règles ne sont pas rares et lorsque les règles fiscales sont prévues par le texte constitutionnel, il est parfois compliqué de le modifier. C'est notamment le cas lorsque la Constitution fédérative n'a pas prévu de pouvoirs importants pour l'entité fédérale et que celle-ci, ayant vu ses compétences s'accroître, a étendu ses pouvoirs en matière fiscale.

Les modifications des règles fiscales peuvent se faire tout d'abord par révision constitutionnelle. C'est principalement par cette procédure que les États-Unis ont modifié les règles fiscales relatives aux pouvoirs du fédéral et des États⁵³⁸. Cela a entraîné une augmentation des pouvoirs financiers fédéraux et par voie de conséquence, une baisse de ceux des États. De plus, les États n'ont pas eu de véritable poids dans ces modifications des règles fiscales puisqu'ils n'ont eu que peu l'occasion de participer au processus de révision.

Ces modifications peuvent se faire également par le biais de la conclusion d'accords entre les États et le fédéral. C'est par cette procédure que le Canada, avant l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, a procédé à des modifications de

⁵³⁸ Ces modifications se sont notamment faites par l'adoption d'amendements (XVI^{ème}).

règles en matière fiscale. Les modalités de révision de la *Loi constitutionnelle de 1867* étant lourdes et compliquées, les États et le gouvernement fédéral ont décidé d'utiliser la technique des accords pour réviser les règles fiscales. Jean Anastopoulos explique que depuis 1941, plusieurs « *accords temporaires [...] ont délégué des compétences exclusives des provinces au Dominion* »⁵³⁹. Lorsqu'une véritable politique fiscale et monétaire a été mise en place à la suite de la seconde guerre mondiale, cette pratique s'est développée jusqu'en 1956. Ces accords, nous l'avons vu, étaient dénommés *conventions de location des domaines fiscaux*.

b) L'absence de modèle de partage des pouvoirs financiers

Il n'existe pas de *modèle* de répartition horizontale des pouvoirs financiers dans les systèmes fédératifs que nous prenons comme objet d'étude. Il semble que les constitutions fédératives prévoient, soit des pouvoirs précis et concurrents entre les ordres de gouvernement, soit une répartition des domaines d'imposition tout en délimitant les champs de compétences fiscales pour chaque niveau de gouvernement. Le texte constitutionnel peut prévoir des pouvoirs autonomes en ce qui concerne la création de recettes selon les niveaux de gouvernement, reconnaissant une autonomie fiscale de chaque ordre. C'est le cas de la Constitution étasunienne qui prévoit à son article I, section 8 que le Congrès a le pouvoir « *d'asseoir et de collecter des taxes, droits, impôts et accises, de payer les dettes et de pourvoir à la défense commune et au bien-être général des États-Unis* ». Cela peut néanmoins conduire à des situations peu favorables aux contribuables. En effet, si le XVI^{ème} Amendement de la Constitution a permis la création d'un impôt fédéral sur le revenu des personnes physiques et sur les sociétés, cela a entraîné une double taxation, dans la mesure où un tel impôt existe aussi au profit des États. En pratique, la répartition des recettes fiscales aux États-Unis est la suivante : le fédéral perçoit essentiellement les impôts sur le revenu et les plus values des personnes physiques et des entreprises, les droits de succession, les droits de douane et les droits d'accise. Les États, eux, perçoivent également une partie des recettes issues des revenus des particuliers et des droits indirects. Enfin, les collectivités locales reçoivent les fruits de l'impôt foncier sur la propriété⁵⁴⁰.

⁵³⁹ Jean Anastopoulos, *ibidem*.

⁵⁴⁰ Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *Federalism in America*, Wesport, Connecticut, Greenwood Press, 2006, p. 255, tableau n°2.

Au Canada, la *Loi constitutionnelle de 1867* n'opère qu'une large et générale répartition des ressources financières. Il semble même exister une contradiction dans le texte constitutionnel qui énonce, à son article 91 §3 que le pouvoir fédéral a le pouvoir exclusif de légiférer afin de prélever des « *deniers par tous modes ou systèmes de taxation* » alors que le §2 de l'article 92 attribue aux provinces le droit exclusif de légiférer sur « *la taxation directe dans les limites de la province, dans le but de prélever un revenu pour des objets provinciaux* ». Toutefois, cette contradiction a été dépassée grâce à une décision du Comité judiciaire du Conseil privé de 1881⁵⁴¹, qui prévoit que le fédéral n'est exclusivement compétent qu'en matière d'impôts indirects. Les provinces sont elles, compétentes, en matière de fiscalité directe⁵⁴².

Ces développements montrent donc que les répartitions de compétences en matière financière et fiscale prévues par le texte constitutionnel ne sont plus cohérentes avec la pratique. De plus, si des compétences exclusives sont parfois prévues, des compétences concurrentes peuvent aussi exister. Cela contrevient donc à la reconnaissance d'un *modèle fédératif* relatif à l'organisation des compétences prévue par le texte constitutionnel.

2) Des développements différents des organisations des compétences financières.

Les organisations des compétences financières dans chacun des trois cas que nous étudions ici ont connu des développements tout à fait différents. Au Brésil, après une forte centralisation, la nouvelle *Constitution fédérative de 1988* a souhaité prendre le chemin inverse et se diriger vers davantage de décentralisation financière (a). Aux États-Unis, la voie qui a été prise dès le XX^{ème} siècle est un transfert de certains pouvoirs financiers des États membres vers le gouvernement fédéral, malgré la reconnaissance constitutionnelle de leurs pouvoirs (b), entraînant, comme pour les provinces au Canada, d'importantes difficultés dans la gestion de leurs compétences (c).

⁵⁴¹ Comité judiciaire du Conseil privé, *Citizens Insurance of Canada c. Parsons*, (1881), 7 A.C., 96.

⁵⁴² Comité judiciaire du Conseil privé, *Attorney General of British Columbia v. Attorney General of Canada*, (1924), A.C. 222.

a) La volonté de décentralisation au Brésil

Les premières manifestations de constitutionnalisation de la répartition des impôts se firent en 1834, dans l'Acte additionnel amendant la Constitution de l'Empire de 1824. Il existait alors, une véritable volonté de décentralisation, mais pas de définition des impôts. La *Constitution de 1891* qui établit la République et mit en place la forme fédérative, opéra une constitutionnalisation de la répartition des impôts. Certains étaient attribués au gouvernement fédéral et d'autres aux États. Ce sont ces derniers qui avaient le pouvoir de déterminer la part qui revenait aux gouvernements inférieurs. La Constitution prévoyait aussi que d'autres impôts pouvaient être créés et avoir un caractère concurrent et/ou cumulatif. Le pouvoir fédéral créa alors l'impôt sur la consommation (devenu ensuite l'impôt sur les produits industrialisés), l'impôt sur le revenu en 1923 et l'impôt sur la circulation des marchandises en 1924. La *Constitution de 1934* apporta des nouveautés. Elle institua d'abord *l'impôt sur les ventes et les expéditions*, devenu ensuite *l'impôt sur les transactions et la circulation des biens*. Elle créa ensuite les collectivités qui firent leur apparition comme entité de pouvoir dans la répartition constitutionnelle des ressources. Puis, la *Constitution de 1934* interdit la double imposition, et créa enfin les *contributions pour l'amélioration* à côté des impôts et des taxes. Les *Constitutions de 1937* et de *1946* ne firent que reprendre cette répartition⁵⁴³. L'année 1965 fut celle d'une réforme profonde, suivant une logique rationnelle. Cette réforme suivait deux axes principaux. Elle fusionna d'abord des impôts de même nature en impôt unique et conduisit ensuite à une mise en phase du système fiscal avec le système économique national en remplaçant notamment le système par répartition des impôts selon les ordres de gouvernement⁵⁴⁴. Cette réforme fut constitutionnalisée par l'amendement n°18/1965 de la *Constitution de 1946*. Elle donna également un caractère centralisateur au système juridique et économique par de nombreux transferts de pouvoir au gouvernement fédéral, une réduction du pouvoir des États et des collectivités locales et une soumission partielle de ceux-ci au gouvernement fédéral par des lois complémentaires et la mise en place de prêts obligatoires. Ce système établi par la réforme de 1965 fut maintenu après l'adoption de la *Constitution de 1967*

⁵⁴³ Flávio Bauer Novelli, « Notes on the Brazilian Tax System », in Jacob Dolinger & Keith S. Rosenn, *A Panorama of Brazilian Law*, Lynne Rienner, University of Miami, 1992, p. 57.

⁵⁴⁴ Flávio Bauer Novelli, *op.cit.*, p. 58.

même s'il convient de noter trois changements significatifs⁵⁴⁵. Le premier est relatif à un accroissement de la centralisation, en dérogeant à l'autonomie financière des États et des collectivités locales. Le deuxième changement s'est opéré par la restauration du pouvoir résiduaire d'imposer, réservé uniquement au gouvernement fédéral. Seul ce dernier avait donc le pouvoir de créer de nouveaux impôts. Enfin, le troisième changement consistait en la constitutionnalisation d'un nouveau type d'impôt, vu comme un *quasi-impôt*, revenant seulement au fédéral.

Le système financier dans la *Constitution fédérative de 1988* va se démarquer de l'ancien système, trop centralisé⁵⁴⁶. Un des éléments les plus caractéristiques de cette Constitution est la tendance à élargir la constitutionnalisation des finances publiques. En effet, elle détaille abondamment les matières financières et tout particulièrement les impôts. La *Constitution fédérative de 1988* encourage une certaine décentralisation et une autonomie financière, notamment par le transfert d'impôts fédéraux aux États et aux collectivités locales⁵⁴⁷. Elle permet ainsi une coexistence des pouvoirs financiers central et fédérés par une répartition des pouvoirs financiers *rationae materiae*, c'est-à-dire en fonction de la nature et du contenu de l'impôt (articles 153 à 156). Cette coexistence est également permise par une limitation du pouvoir de taxer (articles 150 à 152) et par un transfert du fédéral vers les collectivités de recettes (articles 157 à 162).

Malgré des tendances centralisatrices, notamment sous des gouvernements autoritaires, il est possible de noter une décentralisation au point de vue financier par la répartition des ressources entre l'Union, les États et les municipalités. Cette répartition s'accompagne d'un transfert de l'Union vers les collectivités accentuant d'autant plus la décentralisation financière.

b) La réduction du pouvoir financier des États membres aux États-Unis

Les sources du droit fiscal sont multiples aux États-Unis⁵⁴⁸. Elles sont à la fois constitutionnelles, légales, jurisprudentielles et internationales. En effet, si la Constitution fut le premier texte à organiser le fédéralisme fiscal et la répartition des

⁵⁴⁵ Flávio Bauer Novelli, *idem*, p. 59.

⁵⁴⁶ Voir Gilberto de Ulhôa Canto, "O Sistema Tributário Nacional", in José Cretella Júnior e outros. *A Constituição de 1988, Interpretações*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988, p. 305.

⁵⁴⁷ C'est par exemple le cas des transactions relatives à l'énergie électrique ou aux carburants liquides et gazeux (article 155-1 b et §3).

⁵⁴⁸ James John Jurinski, *Tax Reform*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2000, p. 20.

sources de revenus au sein de la Fédération entre le gouvernement central et les États, la Cour suprême a aussi été une source importante de création et de répartition des compétences fiscales à côté du Congrès qui a une compétence de principe.

Si le pouvoir des États était, à l'origine de la création de la Fédération étasunienne, très important, cette tendance s'inversa à partir du XX^{ème} siècle.

Dans les années 1770, les ressources des colonies du Nord dépendaient de l'impôt foncier et dans une moindre mesure, sur l'impôt censitaire, donnant le droit de vote⁵⁴⁹. De nombreux autres impôts existaient aussi pour certaines professions, comme l'exercice de la médecine ou de la profession d'avocat. À cette époque, le montant des impôts fonciers ne dépendait pas de la valeur marchande du bien, mais de sa superficie. Ce qui n'est plus le cas aujourd'hui puisque le pouvoir détermine la valeur marchande du bien pour évaluer le montant de l'impôt. Les États du Sud, contrôlés par de grands propriétaires terriens, n'appliquaient pas cette logique liant le montant de l'impôt à la superficie des terres, et se contentaient d'alimenter les ressources des États par des impôts censitaires et d'autres prélèvements fiscaux. Au début du XIX^{ème} siècle, lorsque les États mirent en place les écoles publiques obligatoires, ils en transférèrent le financement aux collectivités locales, ce qui est toujours le cas dans un grand nombre d'États. Initialement, les impôts fonciers étaient basés à la fois sur les biens immobiliers (« *real property* ») et les biens mobiliers (« *non-real estate* »), comme les véhicules, les bijoux, le bétail, les titres mobiliers ou les obligations. Cependant, au fil des ans, les États limitèrent les impôts fonciers aux biens immobiliers⁵⁵⁰. Durant le XX^{ème} siècle, les États commencèrent à prélever des taxes à la vente et des taxes sur les automobiles et les carburants. De nombreux États laissèrent aux seules collectivités locales le pouvoir de percevoir l'impôt foncier. Ainsi, en 1900, les États transférèrent la moitié des revenus provenant de l'impôt foncier aux collectivités. Cela passa à 25% en 1940 et à 2% en 1999⁵⁵¹. Aujourd'hui, certains États continuent à être titulaires du pouvoir de fixer le montant de l'impôt foncier sur le matériel des entreprises, alors que d'autres ont décidé de s'en dispenser, notamment dans une logique d'attractivité pour de nouvelles entreprises. Plus récemment, un nouvel impôt foncier, dénommé le *real estate transfer*

⁵⁴⁹ James John Jurinski, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁵⁰ James John Jurinski, *ibidem*.

⁵⁵¹ James John Jurinski, *ibidem*.

*tax*⁵⁵² a été mis en place et est une véritable contribution indirecte. De plus en plus d'États et de collectivités locales ont mis en place ce type de taxe pour financer le coût des services municipaux toujours plus grandissants.

La conséquence principale de ces évolutions et la perte d'autonomie des États fédérés qui, par les diverses méthodes utilisées, ont laissé une partie de leurs pouvoirs et de leurs sources de revenus aux collectivités locales et au gouvernement fédéral.

c) La croissance des difficultés des provinces au Canada

Au Canada, le gouvernement fédéral jouit de pouvoirs fiscaux quasiment illimités. La source de revenu la plus importante est l'impôt sur le revenu, perçu à la fois par le fédéral et les provinces⁵⁵³. Il existe un partage de l'assiette fiscale qui peut varier selon les provinces mais la part perçue par le fédéral est toujours supérieure et le taux que percevra la province dépendra de ce que lui laisse le gouvernement central. Un régime d'ententes fiscales a été mis en place à partir de 1942, répartissant la part des revenus sur une période de cinq ans⁵⁵⁴. Plutôt défavorable aux provinces, un équilibre relatif a été trouvé. De plus, l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* laisse aux provinces la propriété des ressources naturelles situées sur leur territoire. Néanmoins, cela ne confère pas le droit aux provinces de légiférer seules sur les revenus pouvant être tirés de ces ressources. Ce pouvoir est partagé entre le fédéral et les provinces⁵⁵⁵. De plus, le gouvernement fédéral reverse une partie des fruits de ses ressources propres (exploitation des ressources maritimes) aux provinces, ce qui permet de ne pas créer de déséquilibre financier. Pourtant, un déséquilibre existe bel et bien en raison de la trop grande différence entre les revenus et les compétences non fiscales. En effet, les charges relevant de la compétence fédérale augmentent beaucoup moins que celles des provinces et le gouvernement fédéral perçoit plus de 50% des revenus, dont 60% de l'impôt sur le revenu des particuliers⁵⁵⁶.

⁵⁵² impôt sur le transfert de biens immobiliers.

⁵⁵³ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, p. 426.

⁵⁵⁴ Le Québec est la seule province à ne pas participer à ces ententes.

⁵⁵⁵ Richard Simeon and Martin Papillon, « Canada », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol.2, McGill – Queen's University Press, 2006, p. 107

⁵⁵⁶ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *op. cit.*, p. 427.

Les provinces ont donc vu leurs pouvoirs financiers diminuer, par la baisse de leurs compétences fiscales, au profit du fédéral.

À la différence du cas brésilien qui a permis une décentralisation des compétences financières avec la *Constitution de 1988*, le Canada et les États-Unis ont vu les compétences financières de leurs États membres se réduire sous la pression du gouvernement fédéral.

3) La variété des organisations fiscales

Les pays de forme fédérative font preuve de variété dans le choix de leur fédéralisme fiscal, notamment dans les modalités de répartition des compétences fiscales des niveaux de gouvernement. Les aménagements fiscaux peuvent être soumis à des examens réguliers, selon la loi, pour les adapter aux besoins comme c'est le cas au Canada (*sunset clause*). Ils peuvent également résulter de décisions notamment judiciaires, comme aux États-Unis ou par les ordres de gouvernement⁵⁵⁷.

La mondialisation des relations économiques a eu une influence sur les nations et les relations au sein de leur territoire. Cela a conduit au constat de l'importance de traiter des problèmes à un niveau supranational, c'est-à-dire international, mais cela a également entraîné une recrudescence de l'importance des politiques régionales pour ne pas trop s'éloigner des citoyens, toujours en demande vis-à-vis de besoins les touchant directement. Pour Anwar Shah, la mondialisation ainsi que la révolution de l'information, qui a permis aux citoyens de s'informer, de demander et de comparer, « traduisent un glissement progressif à la fois vers les régimes supranationaux et vers la gouvernance locale »⁵⁵⁸. Cette nouvelle situation nécessite une adaptation des organisations fédératives et fait apparaître des tensions entre les différents ordres de gouvernement, notamment en cas de centralisation des régimes fédératifs et d'extension des compétences fédérales au détriment des instances infranationales. Lorsque cela s'accompagne d'une réduction de l'autonomie fiscale des entités fédérées et locales, il en résulte un déséquilibre financier vertical, source d'importants problèmes. Un

⁵⁵⁷ Anwar Shah, « Quelques réflexions comparatives quant aux nouveaux défis posés au fédéralisme fiscal », in Raul Blindenbacher et Abigail Ostien Karos, *Dialogues sur la pratique du fédéralisme fiscal : perspectives comparatives*, McGill-Queen's University Press, 2007, p. 49.

⁵⁵⁸ Anwar Shah, *op. cit.*, p. 50.

rééquilibrage des compétences et des pouvoirs financiers est donc nécessaire. Deux tendances semblent se dessiner aujourd'hui, en conséquence de ces phénomènes : un affaiblissement du rôle de l'instance médiane, c'est-à-dire l'État membre, contrebalancé par un renforcement des collectivités locales au niveau de la gestion des besoins et de leur financement. En effet, au Brésil ou au Canada, les gouvernements fédéraux ont un rôle principal dans les domaines de compétences concurrentes entre la fédération et les collectivités locales. Aux États-Unis, le rôle du gouvernement central n'a également cessé d'augmenter dans les champs de compétences concurrentes « *alors que simultanément il se décharge sur les États et sur les instances locales de ses responsabilités d'exécution de programmes* »⁵⁵⁹. De plus, les gouvernements centraux développent des relations avec les collectivités locales, laissant de côté les États, réduisant ainsi leur rôle et leur importance dans la Fédération. Cela concerne à la fois le Canada, le Brésil et les États-Unis. L'un des problèmes s'ajoutant à cela, concernant seulement le Canada et les États-Unis, vient du fait que les gouvernements fédéraux réduisent les transferts financiers vers les États membres pour rembourser leurs dettes⁵⁶⁰. Cela a donc de graves conséquences sur les inégalités fiscales entre États qui doivent attirer le plus possible d'entreprises sur leur territoire pour compenser leurs revenus de transferts réduits et le rôle croissant des collectivités locales. Une des solutions pour répondre aux déséquilibres entre États est la mise en place de programmes de péréquation financière⁵⁶¹. En effet, les disparités entre États du fait de leurs ressources naturelles ou de leurs capacités économiques sont, dans la plupart des Fédérations⁵⁶², compensées par des transferts de manière à compenser les faibles revenus d'une région par rapport à d'autres. Pour autant, cela ne met pas fin à la compétition intergouvernementale. La grande majorité des systèmes fédératifs n'empêchent pas la concurrence fiscale entre les États ou bien entre les États et les collectivités locales. Cette concurrence fiscale se concrétise par de nombreux moyens comme les incitations fiscales pour l'implantation d'entreprises, la mise en place de barrières douanières et tarifaires ou

⁵⁵⁹ Anwar Shah, *idem*, p. 51.

⁵⁶⁰ François Rocher et Christian Rouillard, « Décentralisation, subsidiarité et néo-libéralisme au Canada : lorsque l'arbre cache la forêt », *Canadian Public Policy*, vol. 24, n°2, 1998, p. 249, tableau 2.

⁵⁶¹ Ronald L. Watts, Ronald L., « Comparative Conclusions », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, McGill – Queen's University Press, 2006, p. 334.

⁵⁶² Cela exclut les cas des États-Unis qui ne pratiquent pas de programme de péréquation pour les États.

la création d'infrastructures publiques permettant de faciliter l'arrivée de nouvelles entreprises⁵⁶³.

Ainsi, si des « *tendances* » se dessinent dans les Fédérations que nous avons étudiées ici, elles restent des situations, c'est-à-dire des orientations prises à un moment donné, dépendantes de la conjoncture économique, politique ou sociale et ne peuvent être vues comme des règles générales du fédéralisme. Par contre, il ressort de ces analyses que les organisations fiscales et financières des Fédérations canadienne, étasunienne et brésilienne ont des caractéristiques très différentes.

Ce premier paragraphe aura permis de voir que si des règles générales « *classiques* » du fédéralisme financier existent, comme l'autonomie financière des États membres et une délimitation stricte des compétences financières de chaque entité, ces règles ne sont pas respectées aujourd'hui dans les Fédérations étudiées. La Constitution brésilienne a souhaité aller vers davantage de décentralisation financière par rapport au cadre existant précédemment et a prévu le transfert de revenus du fédéral vers les États membres. Il n'en va pas de même pour les États membres de la Fédération étasunienne puisque l'évolution fiscale a engendré une perte de ressources fiscales et donc une perte d'autonomie, tendance qui se retrouve dans le cas canadien puisque le gouvernement fédéral est maître de la grande majorité des ressources fiscales et que les provinces ont vu leurs compétences diminuer. L'évolution et l'organisation des systèmes financiers ont été variées et sont aujourd'hui différentes les unes des autres, empêchant de déterminer un cadre financier susceptible de caractériser un *modèle* propre aux systèmes fédératifs et donc de constituer un élément fixe de définition du fédéralisme.

§2 Les diverses organisations des trois systèmes fiscaux étudiés et les conséquences des aménagements variables des compétences financières

L'organisation de ces systèmes fiscaux est un élément important dans l'organisation des pouvoirs financiers et plus généralement dans la compréhension du fédéralisme. Pour démontrer la variabilité des systèmes financiers et rejeter l'existence d'un *modèle* propre au cadre financier du fédéralisme, il convient de s'arrêter un instant sur l'organisation des systèmes fiscaux de chacun des pays que nous étudions (A). Dans les trois Fédérations

⁵⁶³ Anwar Shah, *op. cit.*, p. 54.

étudiées ici, il est possible de distinguer une tendance à la centralisation revêtant néanmoins des formes très diverses (B) et une certaine concurrence fiscale au sein de la Fédération (C).

A) L'organisation des systèmes fiscaux

Il s'agira ici de s'arrêter sur les systèmes fiscaux brésilien (1), étasunien (2), canadien (3) pour présenter leur organisation et montrer les différences qui existent entre eux.

1) Le système fiscal brésilien

Le pouvoir d'instituer des impôts est réparti entre l'Union, les États membres, le district fédéral et les municipalités⁵⁶⁴.

La *Constitution brésilienne de 1988* règle de manière très précise les règles en matière fiscale. Elle institue, pour certains, un « *Code fiscal* »⁵⁶⁵. Les articles 145 à 162 énoncent les principes de droit fiscal, la répartition des compétences ainsi que des recettes fiscales entre les composantes de la Fédération et les règles pour instituer des prélèvements obligatoires. Il convient néanmoins d'indiquer que la grande majorité des règles fiscales sont inscrites dans des lois ou des règlements, notamment la loi du 25 octobre 1966.

Les prélèvements obligatoires sont définis à l'article 3 du Code fiscal. Il définit les prélèvements obligatoires comme « toute prestation pécuniaire obligatoire, qui ne constitue pas la sanction d'une acte illicite, instituée par la loi et recouvrée par une autorité administrative ». Selon l'article 5, font partie de la catégorie des prélèvements obligatoires les impôts, les taxes et les contributions « de melhoria ». Simone Horta Andrade Righi note que cette définition est plus large que celle posée par Gaston Jèze et « aura un impact différent sur la qualification des prélèvements »⁵⁶⁶. Ces derniers ne se contenteront donc pas de se limiter aux impôts. Un prélèvement fiscal a ainsi pour seul

⁵⁶⁴ Rogerio Da Costa, « La fiscalité au Brésil », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, 1/09/99, p. 450.

⁵⁶⁵ Voir Simone Horta-Andrade-Righi, « Le droit fiscal », in Domingos Paiva de Almeida, *Introduction au droit brésilien*, Paris, l'Harmattan, 2006, p. 199.

⁵⁶⁶ Simone Horta-Andrade-Righi, *idem*, p. 201.

critère de la nature juridique l'existence d'un fait générateur. C'est ce que précise l'article 4 du Code fiscal de 1966⁵⁶⁷.

Les catégories d'impôts au Brésil sont au nombre de cinq⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ « La nature d'un prélèvement obligatoire est déterminée par le fait générateur de l'obligation, sans toutefois prendre en compte :

I – la dénomination et d'autres caractéristiques formelles adoptées par la loi ;

II – la destination du produit recouvré. »

⁵⁶⁸ 1) Les « impostos »

L'article 16 du code fiscal les définit comme des « prélèvements obligatoires dont l'obligation a comme fait générateur une situation indépendante de toute activité spécifique rendue au contribuable ». Ils ont pour but de couvrir les dépenses générales de l'État, comme l'éducation ou les travaux publics, sans être rattachés directement à une dépense ou une prestation. Il existe douze impôts au Brésil, mais les trois principaux, selon Simone Horta-Andrade-Righi sont :

- l'« imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza »⁵⁶⁸. Cet impôt est l'impôt sur le revenu (article 153 III de la constitution). Il s'applique aux personnes physiques et morales car il n'existe pas d'impôt sur les sociétés.

- l'« imposto sobre produtos industrializados »⁵⁶⁸ (IPI, article 153 IV et 46 du Code) et l'« imposto sobre operações de circulação de mercadoria e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação »⁵⁶⁸ (ICMS, article 155 II) sont des impôts inspirés de la TVA française. L'IPI est de compétence fédérale et son taux varie selon les produits. L'ICMS, quant à lui, est un impôt sur la consommation. Il s'applique dans tous les États et représente la principale source de revenu de ceux-ci.

- L'« imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana » et « o imposto sobre a propriedade territorial rural »⁵⁶⁸ (IPTU et ITR). Ces deux impôts concernent les propriétés bâties et non bâties rurales. L'ITR (article 153 VI de la Constitution et 29 du Code) a été créé dans un but extra-fiscal, c'est-à-dire pour garantir la fonction sociale de la propriété et éviter de garder des propriétés improductives. Le recouvrement de cet impôt est réalisé par les municipalités dont les propriétés sont sur le territoire (amendement n°42/2003 de la Constitution). L'IPTU relève, lui aussi, de la compétence des communes selon l'article 156 de la Constitution et 32 du Code). Il est le principal impôt communal et a également une fonction extra-fiscale.

2) Les « taxas »

Elles sont prévues à l'article 145 de la Constitution et à l'article 77 du Code fiscal. Les États ainsi que les communes sont compétents pour instituer des taxes et le fait générateur de leur institution est l'exercice du pouvoir de police et les services publics spécifiques.

3) Les « contribuições de melhoria »

Ces « contributions pour amélioration » sont prévues aux articles 145 III de la Constitution et 81 du Code. Elles peuvent être créées par toute entité de la Fédération et sont affectées à un service public mais leur fait générateur est l'exécution d'un travail public qui valorise un bâtiment.

4) Les « empréstimos compulsórios »

Ce sont des emprunts obligatoires et sont prévus à l'article 148 de la Constitution. Seule l'Union est compétente pour les créer mais seulement dans le cadre d'investissements publics urgents justifiant d'un intérêt national.

5) Les « contribuições especiais »

Elle se divisent en quatre catégories.

- La « contribuição de iluminação pública »⁵⁶⁸ qui est de compétence communale, selon l'amendement constitutionnel 39/2002.

- La « contribuição de intervenção no domínio econômico »⁵⁶⁸ (CIDE) est de compétence fédérale. Elle concerne l'importation ou la commercialisation du pétrole et ses dérivés, comme le gaz et l'alcool de canne à sucre. Elle est prévue à l'article 177 §4 de la Constitution. Elle permet de subventionner les prix des combustibles, de financer des projets d'environnement et d'infrastructure.

- Les « contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas »⁵⁶⁸ sont de compétence de l'Union et sont des contributions para-fiscales, perçues par des organismes de métiers ou des syndicats.

Chaque ordre de gouvernement perçoit donc des revenus fiscaux suivant les règles constitutionnelles.

2) Le système fiscal étasunien

Pour analyser le système fiscal étasunien, il s'agira de s'arrêter d'abord sur le système fiscal du gouvernement fédéral (a), sur celui des États (b) et enfin sur les taxes locales (c).

a) Le système fiscal du gouvernement fédéral

Dans le système fédératif étasunien, chaque niveau de pouvoir, c'est-à-dire, national, étatique et local est doté du pouvoir de prélever ses propres impôts. Chaque ordre de gouvernement peut donc lever des fonds en vertu du principe du fédéralisme fiscal. Le gouvernement central perçoit ainsi les impôts sur le revenu et les taxes sociales, alors que les États perçoivent une partie de l'impôt sur le revenu des personnes et des taxes professionnelles. Les collectivités locales, quant à elles, sont compétentes pour recouvrer l'impôt foncier. La principale recette fiscale fédérale est l'impôt sur le revenu des personnes physiques. En effet, l'impôt sur le revenu représente presque 50% des revenus du fédéral, alors qu'un autre tiers est composé des taxes sociales de sécurité sociale, de chômage et sur les médicaments (*social insurance taxes and contributions*).

b) Le système fiscal des États

Au niveau des États membres, le pouvoir de lever des impôts se divise en de multiples niveaux que sont les villes, les *towns*, les comtés, les districts, etc... De plus, différents niveaux de gouvernement peuvent taxer et imposer le même objet, entraînant parfois, des doubles taxations. Néanmoins, ces objets ne concernent que l'impôt sur le revenu, les taxes professionnelles et l'impôt foncier⁵⁶⁹.

Les ententes existent et le fédéral permet ainsi aux personnes physiques et aux entreprises de déduire le montant de leur impôt sur le revenu (ou taxe professionnelle) imposé par l'État avant de régler ce même impôt au gouvernement fédéral.

- Les « *contribuições sociais* »⁵⁶⁸, également de compétence fédérale, ont pour but de financer des objectifs d'ordre social et prévus par la Constitution. Elles concernent, par exemple, les affaires liées à la sécurité sociale ou à l'éducation.

⁵⁶⁹ James John Jurinski, *Tax Reform*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2000, p. 42.

Aujourd'hui, si les systèmes fiscaux des États membres peuvent être très différents, ils reposent généralement sur trois impôts essentiels : les impôts sur le revenu des personnes, les impôts sur le revenu des entreprises et les taxes de vente⁵⁷⁰. Certains États imposent également l'extraction des ressources naturelles, comme le pétrole ou le bois. Cependant, si ces trois impôts sont les impôts de base, il est possible de dénombrer six différents types d'impôts étatiques⁵⁷¹.

Chaque État membre a le pouvoir de prélever des impôts sur les transactions commerciales effectuées sur leur territoire. Lorsque des transactions sont effectuées à partir d'un État vers un autre, elles sont susceptibles d'être taxées deux fois. Pour éviter cette double taxation, deux techniques ont été mises en place : un système de crédits et un système de répartition⁵⁷². La première technique s'applique lorsque l'opération commerciale est susceptible d'être taxée à la fois par le gouvernement fédéral et par un pays étranger. Dans ce cas, le contribuable ne paiera que la taxe à son État qui sera redevable d'une taxe à l'État « étranger ». Lorsqu'une transaction se fera dans l'autre sens, l'État étranger sera alors redevable d'une taxe à l'État membre étasunien. Cela s'apparente donc à un crédit d'impôt entre deux États étrangers l'un de l'autre. La seconde technique envisageant un système de répartition s'applique entre deux États étasuniens. Il s'agit d'une transaction qui débute dans un premier État membre et qui se poursuit dans un second. Dans ce cas, les taxes appliquées sont distribuées entre les deux États membres. Pour James Jurinski, c'est par exemple le cas lorsqu'un passager achète

⁵⁷⁰ Editions Francis Lefebvre, *États-Unis juridique, fiscal, social, comptable*, Levallois, Ed. Francis Lefebvre, 2001, pp. 136 à 138.

⁵⁷¹ Le premier type est l'impôt sur le revenu des personnes et des entreprises. La majorité des États perçoivent l'impôt sur le revenu des personnes et l'impôt sur le revenu des entreprises. L'impôt sur le revenu des personnes est prélevé à la fois par l'État, et par le gouvernement fédéral.

Le deuxième type d'impôt est la contribution indirecte et la taxe de vente. La plupart des États imposent les produits de vente, même si des exceptions existent et ne sont pas identiques partout. Ces impositions sur le produit de vente s'appliquent aux aliments de consommation générale, aux aliments des restaurants, aux vêtements ou parfois aux services.

Le troisième type d'impôt s'applique aux ventes par correspondance.

Le quatrième type est l'impôt sur les biens mobiliers. De nombreux États imposent à la fois les biens mobiliers et les biens immobiliers, et certains États de l'Ouest ont des taxes spécifiques sur le bois ou sur les minerais.

Le cinquième type d'impôt concerne les droits de succession qui existent dans certains États.

Enfin, le sixième type d'impôt des États est le *severance tax* qui existe dans les États détenant de nombreuses ressources naturelles mais peu d'activité commerciale. C'est, par exemple, le cas du Montana qui est riche en charbon et autres ressources naturelles et plutôt peu industriellement développé.

⁵⁷² James John Jurinski, *op. cit.*, p. 48.

un billet de train dans un État pour se rendre dans un second, non limitrophe⁵⁷³. Le train, partant du premier État pour se rendre dans le second, devra traverser un troisième. L'État qui sera simplement traversé a le droit de taxer l'utilisation du chemin de fer, alors que l'État de départ du trajet peut également le faire, tout comme le troisième. Dans ce cas, le système de répartition permettra de répartir les revenus de la taxe entre les États.

c) Les impôts et taxes locaux

Les collectivités locales que sont les villes, les *towns* et les *counties* dépendent des impôts sur les biens immobiliers et d'autres taxes comme les taxes sur les ventes⁵⁷⁴. Les impôts sur la terre et les bâtiments font partie du système fiscal étasunien depuis les temps des colonies. Bien que l'impôt foncier était perçu à la fois par les États membres et leurs collectivités locales, il représente aujourd'hui une part très importante des ressources des collectivités locales. En effet, les budgets des États sont davantage alimentés par l'impôt sur le revenu ou les taxes à l'achat. L'impôt foncier permet de financer les services locaux comme les écoles, les parcs, la police, les services incendie, l'entretien des rues, ou les salaires des fonctionnaires⁵⁷⁵. Il convient d'indiquer que dans certains États, les électeurs ont la capacité de voter pour diminuer ou augmenter le taux des impôts et des taxes.

Ainsi, malgré une possibilité pour les États membres d'imposer sur des champs déjà imposés par l'entité fédérale, la répartition des ressources fiscales selon les ordres de gouvernement est clairement organisée.

3) Le système fiscal canadien

Les principales compétences fiscales sont envisagées dans les articles 91 §3 et 92 §2 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'article 92 A depuis 1982. Si l'article 91 §3 prévoit que le Parlement fédéral a le pouvoir exclusif de légiférer sur le prélèvement d'impôts par tous modes ou systèmes de taxation, l'article 92 §2 permet aux provinces d'avoir une compétence exclusive sur les contributions directes sur leur territoire, à des fins

⁵⁷³ James John Jurinski, *idem*, p. 49.

⁵⁷⁴ Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *Federalism in America*, Wesport, Connecticut, Greenwood Press, 2006, p. 346.

⁵⁷⁵ James John Jurinski, *idem*, p. 52.

provinciales. Il ressort de ces deux articles que les provinces ont seulement la capacité de prélever des impôts directs sur leur territoire et pour des fins provinciales, alors que le Parlement fédéral peut recouvrir des impôts tant directs, qu'indirects. Néanmoins, l'article 92 A de la *Loi constitutionnelle de 1867* permet aux provinces de taxer, de manière directe et indirecte les ressources naturelles sur leur sol. Les ressources du gouvernement fédéral sont renforcées par l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui assure la libre circulation des biens à l'intérieur du Canada, empêchant les provinces de constituer des barrières tarifaires, les taxes de douane et d'accise étant de compétence fédérale. Une précision convient d'être apportée concernant l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En effet, il constitue une restriction au pouvoir de taxer du fédéral et des provinces. Il met en place une immunité en faveur des Couronnes fédérale et provinciales. Il permet au pouvoir fédéral de prélever des droits de douane et des droits d'accise sur les biens commandés par les provinces. Cependant, le Comité judiciaire du conseil privé a jugé que l'article 91 §2, donnant compétence au Parlement fédéral pour réglementer les trafic et le commerce, avait une supériorité sur cet article 125⁵⁷⁶.

La compétence fédérale est prévue à l'article 91 §3. En ce qui concerne les taxes indirectes, le fédéral a un pouvoir total puisqu'il est seul compétent, sous réserve de l'article 92 A. Pour ce qui est des taxes directes, le fédéral a le pouvoir de prélever des taxes pour des fins fédérales⁵⁷⁷. L'étendue de la compétence fédérale est large. Le pouvoir fédéral peut, par exemple, accorder des permis⁵⁷⁸, tirer des royautés sur ses ressources naturelles ou des revenus sur les services gouvernementaux.

La compétence provinciale est, elle, énoncée aux articles 92 §2 et §9, ainsi qu'à l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette compétence concerne donc les taxes directes sur leur territoire, mises en place dans une finalité provinciale. Les provinces peuvent également prélever des droits sur les permis, percevoir des royautés et des subventions fédérales.

⁵⁷⁶ Comité judiciaire du Conseil privé, *A.G. of British Columbia c. A.G. for Canada*, (1924), A.C. 222.

⁵⁷⁷ Voir « Le pouvoir illimité de taxer », Rapport Tremblay, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels*, Québec, 1956, p. 201-214.

⁵⁷⁸ Comme, par exemple, le pouvoir d'émettre des permis de pêche et de prélever des revenus sur ce domaine. Voir Comité judiciaire du Conseil privé, *A.G. for Canada c. A.G. for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, (1898) A.C. 700, p. 713.

Les tribunaux canadiens ont adopté la définition de John Stuart Mill pour définir les taxes directe et indirecte⁵⁷⁹ : la taxe directe est définie comme la taxe qui est exigée de la personne même à qui l'on veut ou désire la faire supporter, ce qui la différencie de la taxe indirecte qui est celle que l'on exige d'une personne dans l'attente ou l'intention qu'elle se fasse rembourser par une autre. Toute taxe qui a une incidence sur une personne déterminée et qui ne peut se faire rembourser est une taxe directe. Il faut considérer l'incidence de la taxe au moment du paiement : si l'incidence finale est incertaine, la taxe est indirecte. Les exemples les plus représentatifs de taxes indirectes sont l'impôt sur le revenu des particuliers, l'impôt sur les successions, l'impôt sur les corporations, la taxe sur les banques, la taxe imposée aux commerçants pour la valeur locative de leur établissement⁵⁸⁰, etc... Par exemple, il a été jugé qu'une taxe provinciale sur le pétrole et le gaz naturel presque totalement destinés à l'exportation n'était pas une taxe directe, mais indirecte⁵⁸¹. À l'inverse, sont des taxes indirectes les taxes qui portent sur un objet ou un bien commercial. C'est le cas des droits de douanes, d'accise, des taxes sur le revenu brut des mines⁵⁸², sur la denrée en cas d'exportation⁵⁸³, etc... De plus, une taxe sera imposée dans la province si elle concerne des biens situés dans la province, quel que soit le lieu de domicile du propriétaire, ou une personne résidant dans la province, sans prendre en compte le lieu où sont ses biens. Ainsi, une province peut assujettir à l'impôt les revenus des personnes qui ne sont pas résidentes⁵⁸⁴. Il a même été jugé qu'une taxe provinciale était valide lorsqu'elle imposait une personne sur le revenu perçu dans une autre province⁵⁸⁵. Il en est de même concernant la taxe de vente. Les provinces peuvent donc imposer les ventes réalisées sur leur territoire ainsi que les biens achetés à

⁵⁷⁹ « *A direct tax is one which is demanded from the very person who it is intended or desired should pay it. Indirect taxes are those which are demanded from one person in the expectation and intention that he shall indemnify himself at the expense of another* », Comité judiciaire du Conseil privé, *A.G. for Quebec c. Reed*, (1884-1885), 10 A.C. 141, p. 143.

⁵⁸⁰ Comité judiciaire du Conseil privé, *City of Halifax c. Estate of Fairbanks*, (1928) A.C. 117.

⁵⁸¹ Il a été jugé que l'impôt était essentiellement une taxe à l'exportation imposée sur la production de pétrole et que cela empiétait sur la compétence fédérale sur le commerce extérieur. Voir Cour suprême, *Canadian Industrial Gas Co. C. Gouvernement de la Saskatchewan*, (1978) 2 R.C.S. 545.

⁵⁸² Comité judiciaire du Conseil privé, *R. c. Caledonian Collieries Ltd.*, (1928) A.C. 358.

⁵⁸³ Comité judiciaire du Conseil privé, *A.G. for British Columbia c. McDonald Murphy Lumber Co. Ltd.*, (1930) A.C. 357.

⁵⁸⁴ Voir Cour suprême, *International Harvester Co. c. Provincial Tax Commission*, (1949) A.C. 36 et Cour suprême, *Alworth c. Ministre des Finances*, (1978), 1 R.C.S. 447.

⁵⁸⁵ Cour suprême, *Covert c. Nouvelle-Ecosse (Ministre des Finances)*, (1980) 2 R.C.S. 774.

l'extérieur de la province et rapatrié sur le territoire⁵⁸⁶. La troisième condition est que la taxe doive être imposée pour des fins provinciales, locales ou municipales.

Depuis l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les provinces peuvent percevoir des taxes indirectes en matière de ressources naturelles. C'est l'article 92 A qui permet cela, notamment aux paragraphes 4 et 5. Il précise : « *la législature de chaque province a compétence pour prélever des sommes d'argent par tout mode ou système de taxation :*

- a) des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières de la province, ainsi que de la production primaire qui en est tirée ;*
- b) des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique, ainsi que de cette production même ».*

Le pouvoir d'accorder des permis, issu de l'article 92 §9 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est interprété largement et il est reconnu un pouvoir *omnibus* aux provinces de licence et de permis, dans les limites de l'article 92.

Enfin, les provinces peuvent tirer des revenus de leur domaine public par son exploitation par l'État et par les entreprises privées. Les articles 92 §2 et §5 de la *Loi constitutionnelle de 1867* régissent ces sources de revenu. Ses revenus peuvent être le fruit de ventes, de locations, de royautés, de rentes, de taxes, de profits, de permis, etc...

À l'inverse des Fédérations étasunienne et brésilienne, les pouvoirs financiers du gouvernement fédéral au Canada ont dès le début été très importants et supérieurs aux pouvoirs financiers des provinces. De plus, même si les textes et certaines jurisprudences permettaient à ces dernières de percevoir un certain nombre de ressources, la tendance des cours, notamment suprême, ont interprété les textes en faveur du gouvernement fédéral, réduisant ainsi progressivement les pouvoirs des provinces.

⁵⁸⁶ Voir Comité judiciaire du Conseil privé, *A.G. for British Columbia c. Kingcome Navigation Co. Ltd.*, (1934) A.C. 45 et Comité judiciaire du Conseil privé, *Atlantic Smoke Shops Ltd. c. Conlon*, (1943) A.C. 550.

B) Un phénomène de centralisation des pouvoirs diversement organisé

Le phénomène de centralisation financière se retrouve dans les trois Fédérations américaines (1). Le cas du Brésil offre une explication intéressante pour expliquer cette tendance (2).

1) Le phénomène de centralisation dans les trois Fédérations américaines

Un partage défini et immuable des missions d'ordre public étant impossible du fait de l'interpénétration de ces missions, le fédéral dispose de la capacité d'agir dans des domaines qui ne relèvent pas de sa compétence⁵⁸⁷. Pour autant, les États membres ne sont pas dépossédés des pouvoirs dans lesquels le gouvernement fédéral agit, malgré la répartition des compétences. Cela conduit donc à une interpénétration des tâches, ce qui entraîne une augmentation des charges fédérales et une multiplication des dépenses communes. Ces dernières sont financées par les niveaux fédéré ou local, ainsi que par des transferts fédéraux.

La répartition des tâches en *modèle fédératif* s'organise autour des principes d'autonomie et de subsidiarité⁵⁸⁸. Cependant, le partage constitutionnel des responsabilités n'empêche pas les enchevêtrements des actions et des programmes et la constatation d'une distribution floue des pouvoirs ne peut être rejetée. Cela a pour conséquence une *centralisation* des tâches. Pour autant, cette *centralisation* ne doit pas être entendue comme une prise en charge totale de responsabilités fédérées par le gouvernement central, mais plutôt comme une prise en charge complémentaire de la part du fédéral. Cette importance de participation fédérale et le dessaisissement des entités fédérées et locales n'a pas excédé le cadre dessiné par les textes fédératifs. Elle a même été vue comme une tâche logique découlant du rôle de l'entité fédérale⁵⁸⁹. En réalité, les entités fédérées et locales continuent d'être responsables de domaines attribués par les répartition des compétences, mais l'initiative et une part des financements provient maintenant de l'autorité centrale qui décide des modalités de réalisation par le versement de subventions conditionnelles.

⁵⁸⁷ Jean Anastopoulos, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1979, p. 32.

⁵⁸⁸ Christophe Heckly et Eric Oberkampf, *La subsidiarité à l'américaine : quels enseignements pour l'Europe ?*, Paris, l'Harmattan, 1994, p. 13 et p. 70 ; Jean Anastopoulos, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁸⁹ Jean Anastopoulos, *ibidem*.

2) L'explication du phénomène de centralisation : le cas du Brésil

Les recherches de Kent Eaton et de Tyler Dickovick (qui vont dans le sens de Wallace Oates⁵⁹⁰) expliquent que les phénomènes de centralisation ont lieu lors de périodes de nécessaire stabilisation macroéconomique du pays⁵⁹¹. La centralisation se réalise par différents moyens comme par la réduction des partages des revenus des gouvernements étatiques et locaux, la suppression des bases d'impôt et l'augmentation des taux⁵⁹². Cette centralisation au Brésil va se faire par des moyens indirects. Tout en respectant l'autonomie des États et en particulier le pouvoir d'emprunter de ceux-ci, l'exécutif fédéral a tenté de privatiser ou de fermer les banques appartenant aux gouvernements étatiques et locaux. Ceci en raison du fait que les gouverneurs pouvaient obliger les banques du secteur public étatique à soutenir la dette des gouvernements étatiques ou provinciaux et obliger ces banques à permettre des prêts aux entreprises publiques d'État. Entre 1996 et 1998, vingt-six des vingt-huit banques d'État ont été privatisées⁵⁹³. De même, concernant le pouvoir financier et les revenus de transfert, l'exécutif fédéral a réduit les revenus de transfert en modifiant le pourcentage des revenus partagés. Ainsi, de 1994 à 1999, 20% des transferts prévus par la Constitution aux gouvernements étatiques et locaux ont été retenus par le gouvernement central. Puis, de 1999 à 2004, les transferts vont être stoppés car la dette et les conditions fixées par le fédéral ne n'ont pas été respectées. De plus, le pouvoir exécutif a limité le pouvoir de dépenser des États en augmentant le contrôle sur la gestion des États de leurs ressources fiscales dans les domaines de la santé et de l'éducation. De 1994 à 2004, l'instauration de règles va obliger les gouvernements étatiques et locaux à dépenser 25% de leurs revenus dans l'éducation et 15% dans la santé. Ainsi, par ces différentes mesures, l'objectif aura été de réduire la capacité des autorités sub-nationales d'agir librement et dans des conditions de contrôle et de sanction de la part du gouvernement central.

⁵⁹⁰ Wallace E. Oates, « Assignment of Responsibilities and Fiscal Federalism », *Federalism in a Changing World*, McGill – Queen's University Press, Montreal & Kingston, 2002, pp. 39-50.

⁵⁹¹ Kent Eaton et and Tyler Dickovick, « The Politics of Re-Centralization in Argentina and Brazil », *Latin American Research Review*, Vol. 39, No. 1 (2004), pp. 90-122.

⁵⁹² Voir Flavio Bauer Novelli, « Notes on the Brazilian Tax System », in Jacob Dolinger & Keith S. Rosenn, *A Panorama of Brazilian Law*, Lynne Rienner, University of Miami, 1992, pp. 53-79.

⁵⁹³ Kent Eaton et and Tyler Dickovick, *op. cit.*, pp. 94-95.

Ce phénomène de centralisation engendre un certain nombre de déséquilibres dans la Fédération, entraînant notamment, une concurrence fiscale au sein de la Fédération.

C) Une concurrence fiscale au sein de la Fédération: le cas des États-Unis

La concurrence fiscale se retrouve dans les trois Fédérations que nous prenons pour objet d'étude car elle est la conséquence de l'autonomie des États membres d'une Fédération et de l'organisation de son système fiscal. Cette concurrence se retrouve à plusieurs niveaux : d'abord entre la fédération et les États membres (1), mais également entre les États membres (2). Pour expliquer ce phénomène, nous prendrons le cas des États-Unis qui illustre clairement cette tendance⁵⁹⁴.

1) La concurrence fiscale entre la fédération et les États

Michel de Wolf explique que la Constitution attribue à l'Union et aux États un pouvoir fiscal concurrent⁵⁹⁵. C'est l'article I, section 8 de la Constitution étasunienne qui prévoit que « *The Congress shall have power to lay and collect taxes, duties, imposts and excises* ». Concernant les États, ils conservent les pouvoirs fiscaux qu'ils détenaient avant l'entrée en vigueur de la Constitution, sauf si cette dernière prévoit des dispositions contraires. C'est ce qu'explique Alexander Hamilton dans *The Federalist Papers*, en écrivant : « *As the plan of the Convention aims only at a partial union or consolidation, the State governments would clearly retain all the rights of sovereignty which they before had, and which were not, by that act, exclusively delegated to the United States [...] The individual States would, under the proposed Constitution, retain an independent and uncontrollable authority to raise revenue* »⁵⁹⁶.

Il convient d'ajouter que le X^{ème} Amendement va dans ce même sens et énonce que « *The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the*

⁵⁹⁴ Cette concurrence se retrouve également au Canada et au Brésil tant au niveau des États entre eux qu'entre les États et la fédération, mais il le cas étasunien est manifeste sur cette tendance.

⁵⁹⁵ Michel de Wolf, *Souveraineté fiscale et principe de non discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et de la Cour suprême des États-Unis*, Bruxelles, Bruylant, 2005, (note de bas de page 41), p. 41.

⁵⁹⁶ « *comme la Convention n'avait pour finalité qu'une union ou une unification partielle, les États conserveront toute leur souveraineté qu'ils possédaient auparavant et (les pouvoirs) qui n'ont pas été délégués exclusivement aux États-Unis par la Constitution (...) Chaque État gardera, selon le projet de Constitution, le pouvoir autonome et irréductible de lever des impôts* » Alexander Hamilton, *The Federalist Papers*, n°32.

States, are reserved to the States respectively, or to the people »⁵⁹⁷. La logique fiscale concurrente permet à la fédération et aux États d'exercer leur pouvoir fiscal sur les mêmes individus, sur les mêmes matières et dans des formes identiques. Néanmoins, le pouvoir fédéral est quelque peu encadré et doit s'appliquer de manière identique dans tous les États⁵⁹⁸ et il ne peut être mis en place des droits d'exportation sur la production des États⁵⁹⁹. Ces derniers ont vu leurs pouvoirs beaucoup moins encadrés, restant quasiment identiques à ceux dont ils disposaient avant leur union. Toutefois, le XVI^{ème} Amendement a inversé la tendance et les pouvoirs fiscaux du fédéral ont été bien plus importants, réduisant par là même celui des États membres. Pour Michel de Wolf, « *le principe du pouvoir fiscal concurrent n'en demeure pas moins la clé de voûte du système constitutionnel américain* »⁶⁰⁰. Il permet aux États membres ainsi qu'à la fédération d'avoir des systèmes autonomes et de décider des matières soumises à l'impôt.

2) La concurrence fiscale entre les États membres

Il existe une certaine contradiction du système de répartition des ressources dans la Fédération étasunienne car la Constitution prévoit une équivalence des conditions de vie dans les différents États et pour tous les citoyens, alors que la concurrence, notamment fiscale, est un principe partout appliqué. Le fédéralisme financier étasunien repose sur plusieurs principes constitutionnels, inscrits aux sections 8 et 9 de l'article I de la Constitution et au X^{ème} amendement. Les États ont toujours défendu leurs droits pour ne pas se voir imposer des directives fédérales, notamment par le biais de programmes réglementaires. Il en est résulté une forte concurrence fiscale mise en place et maintenue par les gouvernements des États. Le rôle du Congrès est également déterminant puisque c'est lui qui, par la voie législative, va fournir des subventions fédérales aux États. Néanmoins, ces subventions sont, la plupart du temps, conditionnelles et sont davantage accordées pour des programmes précis que pour des politiques générales. En effet, la liberté des États membres étant toujours grande, ces derniers ne sont pas toujours contrôlés par le fédéral concernant l'utilisation des subventions selon les objectifs fixés.

⁵⁹⁷ « *les pouvoirs qui n'ont pas été délégués aux États-Unis par la Constitution, ni exclus de la compétence des États, sont réservés à ces derniers ou au peuple* ».

⁵⁹⁸ Article I, section 8, clause 1 de la Constitution.

⁵⁹⁹ Article I, section 7, clause 1 de la Constitution.

⁶⁰⁰ Michel de Wolf, *idem*, p. 43.

Pour cette raison, les programmes fédéraux directs (les subventions conditionnelles) sont parfois préférables aux subventions indirectes ou inconditionnelles.

La compétition entre les États membres est importante aux États-Unis et a connu une grande augmentation depuis les années quatre-vingt. Pour Clifford Larsen, cette compétition entre États limite la possibilité pour ceux-ci de redistribuer en fonction des besoins et donc conduit à augmenter les disparités⁶⁰¹. Cela est engendré par une dévolution de certains champs de compétences et donc de charges financières du fédéral vers les États. C'est par exemple le cas dans le domaine de la santé où, depuis 1996, une grande part a été dévolue aux États, qui ne veulent pas assumer les coûts que cela implique. Pourtant, malgré l'absence de principes constitutionnels et d'engagements politiques pour une égalisation des conditions de vie, les États-Unis ont fait des efforts pour réduire les disparités dans le domaine de la santé aux niveaux local et étatique. Un programme de partage des revenus (*General Revenue Sharing*) fut mis en place pour organiser la répartition des fonds attribués aux États, en fonction de la population totale, de la population urbaine, des revenus par habitant, des revenus moyens de l'État par rapport à la moyenne nationale et des impôts nets collectés par les États et les gouvernements locaux. Toutefois, ce programme fut abandonné et laissa place à un fédéralisme compétitif.

Si l'organisation financière est un élément essentiel dans la **définition** du fédéralisme car elle représente le moyen de mise en œuvre des pouvoirs législatifs et exécutifs, elle est différemment aménagée selon les systèmes fédératifs. Cette première section nous aura permis de constater qu'il est impossible de parler d'un *modèle* de fédéralisme fiscal ou financier car si des règles générales existent et ont peu être constatées dans plusieurs Fédérations, elles ne sont plus respectées aujourd'hui. Il ressort des analyses que les trois cas pris pour objets d'étude, n'ont absolument pas la même organisation financière et fiscale. Si des tendances se retrouvent dans chacun des cas, nous avons pu voir qu'elle n'avaient ni la même forme, ni les mêmes cadres de mise en place.

⁶⁰¹ Clifford Larsen, « States Federal, Financial, Sovereign and Social. A Critical Inquiry into an Alternative to American Financial Federalism », *American Journal of Comparative Law*, vol. 47, 1999, pp. 454 à 455, 470 à 471 et 476.

Il convient, pour approfondir notre étude, de s'arrêter un moment sur l'organisation des systèmes étudiés et sur les aménagements des compétences dont ils font l'objet.

Section 2 Le fédéralisme financier : des aménagements divergents des compétences financières des ordres de gouvernement

Afin d'analyser plus précisément l'organisation financière en tant que faisant partie des éléments fondamentaux et structurants dans la **définition** du fédéralisme, nous allons adopter un point de vue plus *pratique* en étudiant les pouvoirs financiers dont jouissent les divers ordres de gouvernement. Pour analyser l'organisation financière des pays étudiés, il semble nécessaire d'observer maintenant le sujet sous l'angle des compétences de chaque entité de la Fédération en considérant tout d'abord la question de la maîtrise des ressources (§1), puis la question de la maîtrise du pouvoir de dépenser (§2).

§1 La question de la maîtrise des ressources : la grande marge de manœuvre du gouvernement fédéral

Dans les trois Fédérations américaines, la maîtrise des ressources appartient principalement aujourd'hui à l'entité fédérale. Cela conduit, par exemple, à un mécontentement des provinces au Canada qui ne considèrent pas avoir la capacité de pouvoir agir totalement dans leurs domaines de compétences du fait d'une absence de maîtrise entière des ressources⁶⁰². Ce phénomène est également manifeste aux États-Unis, tout comme au Brésil puisque les États membres dépendent pour une part du transfert d'une part des recettes de certains impôts perçus par l'entité fédérale⁶⁰³.

Pour analyser les pouvoirs des différentes entités dans la maîtrise des ressources, nous prendrons le cas des États-Unis qui est un cas significatif (A), puis nous verrons qu'il existe une évolution dans la maîtrise des ressources tendant à donner de plus en plus de compétences à l'entité fédérale (B).

⁶⁰² Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, p. 427.

⁶⁰³ Voir Flávio Bauer Novelli, « Notes on the Brazilian Tax System », in Jacob Dolinger & Keith S. Rosenn, *A Panorama of Brazilian Law*, Lynne Rienner, University of Miami, 1992, pp. 53-79.

A) Les pouvoirs dans la maîtrise des ressources : le cas des États-Unis, un cas révélateur

Nous avons pu constater que dans les trois Fédérations, le pouvoir financier est principalement détenu par l'entité fédérale. Le cas des États-Unis permet de voir qu'il existe au niveau fiscal, une prédominance de l'entité fédérale (1) et que cela entraîne une réduction du pouvoir des États membres dans la maîtrise de leurs ressources (2).

1) Le cadre fiscal étasunien et la prédominance du pouvoir de l'entité fédérale

Aux États-Unis, le pouvoir d'établir des impôts est prévu par la Constitution⁶⁰⁴. L'exercice de ce pouvoir appartient aux représentants du peuple, réunis en assemblées, mais ces compétences fiscales vont être réparties entre les ordres fédéral et fédérés. La fédération jouit d'une compétence d'attribution et le texte constitutionnel indique que tout ce qui n'est pas dévolu au fédéral de manière explicite et expresse, ressortit à la compétence des États. Toutefois, les compétences du pouvoir fédéral sont extrêmement larges, en particulier du fait de l'évolution du système fédéral étasunien⁶⁰⁵. Les États conservent néanmoins une autonomie importante en matière fiscale. C'est l'article 1, section 8, alinéa 1 de la Constitution étasunienne qui donne au Congrès le pouvoir « *d'asseoir et de recouvrer des contributions, droits et impôts pour payer les dettes et pourvoir à la défense commune ainsi qu'à la prospérité générale des États-Unis ; mais toutes les contributions, droits et impôts doivent être uniformes à travers les États-Unis* ». De plus, le XVI^{ème} amendement à la Constitution a permis au Congrès de pouvoir « *asseoir et de recouvrer les impôts sur le revenu, de quelque source qu'il provienne [...]* ». La Constitution prévoit également que tous les projets relatifs à une augmentation des recettes est de la compétence de la Chambre des Représentants et que le Sénat ne détient qu'un pouvoir de proposition et d'amendement, comme c'est le cas pour toutes les autres matières.

Il convient d'ajouter que les règles fiscales sont également inscrites dans l'*Internal Revenue Code*, en vigueur depuis 1954 et modifié depuis⁶⁰⁶. De plus, la logique

⁶⁰⁴ Article 1, section 8 ; X^{ème} et XVI^{ème} amendements.

⁶⁰⁵ Ronald L. Watts, « Comparative Conclusions », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, McGill – Queen's University Press, 2006, p. 332.

⁶⁰⁶ Notamment en 1986. Voir Editions Francis Lefebvre, *États-Unis juridique, fiscal, social, comptable*, Levallois, Ed. Francis Lefebvre, 2001, p. 136.

juridique du *common law* donne aux juges un pouvoir d'interprétation et de création importants, cela façonnant et organisant les règles. Enfin, les instructions administratives (*regulations*) participent également à la construction des règles fiscales, « *qu'elles soit prises pour l'application de la loi conformément aux injonctions du législateur* »⁶⁰⁷ ou en interprétant la loi par l'administration, notamment par l'édiction de décisions répondant aux requêtes des contribuables.

Le gouvernement fédéral est ainsi, par le biais de la Constitution et de son pouvoir de poser des instructions administratives, largement maître de l'organisation du système fiscal dans la Fédération et donc de la maîtrise des ressources.

2) Le faible pouvoir des États membres dans la maîtrise des ressources

Le pouvoir d'établir des impôts appartient au Congrès de chaque État membre, en vertu, généralement, de la constitution de ces derniers. Néanmoins, la loi fédérale ayant supériorité sur une loi étatique, selon l'article 6 de la Constitution fédérative, les pouvoirs des Congrès des États connaissent un certain nombre de limites. En effet, si une loi étatique est contraire à une loi fédérale, à la Constitution fédérative ou à un traité international, elle sera nulle. Ainsi, si les États membres peuvent instituer des impôts de même nature que les impôts fédéraux, ils ne peuvent instituer des impôts contraires aux principes généraux du droit ou des taxes sur les importations et les exportations. De plus, aucun impôt ne peut créer une discrimination commerciale entre les États membres ou avec un pays ou une entité étrangère⁶⁰⁸. Enfin, le XIV^{ème} amendement assurant à chacun une égale protection devant la loi est une base prolifique pour limiter les créations législatives des États membres. Les États ont néanmoins certains pouvoirs en matière fiscale, mais connaissent des cadres très différents les uns des autres, particulièrement en ce qui concerne les impôts locaux sur le revenu ou sur la consommation⁶⁰⁹. Il faut ajouter que des pouvoirs fiscaux sont aussi détenus par les collectivités locales que sont par exemple les villes, les comtés ou les districts. En conséquence, le fait que différents ordres de gouvernement aient un pouvoir fiscal engendre des situations particulières

⁶⁰⁷ Editions Francis Lefebvre, *Etats-Unis juridique, fiscal, social, comptable*, Levallois, Ed. Francis Lefebvre, 2001, p. 136.

⁶⁰⁸ Editions Francis Lefebvre, *ibidem*.

⁶⁰⁹ Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *Federalism in America*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 2006, p. 340-341 ; James John Jurinski, *Tax Reform*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2000, p. 42.

comme la possibilité que des impôts fédéral et étatique frappent la même matière imposable. Cela implique donc des coordinations entre les ordres de gouvernement pour permettre des déductions.

Limitée par l'intervention du gouvernement fédéral, la maîtrise des ressources des États membres est encore plus réduite du fait de la compétence des collectivités locales pour percevoir des recettes fiscales. Ils sont donc soumis à un phénomène d'asphyxie qui se retrouve également au Brésil pour des raisons identiques et au Canada du fait de l'importance du pouvoir fédéral, notamment du fait de l'ampleur de revenus qu'il perçoit et de son pouvoir de dépenser.

B) Une évolution de la maîtrise des ressources par l'entité fédérale

La prise d'importance continue de l'entité fédérale se retrouve dans les trois Fédérations américaines mais sous différentes formes. Aux États-Unis, cette tendance s'est faite par une extension des champs de compétence de l'entité fédérale dans des domaines qui relevaient normalement de la compétence des États (1). Il en a été de même au Brésil, qui a renversé l'esprit de la *Constitution fédérative de 1988* qui souhaitait aller vers davantage de décentralisation pour tendre de nouveau vers une supériorité de l'ordre fédéral (2), alors que cette prépondérance fédérale existait dès 1867 au Canada, où elle n'a fait que s'amplifier (3).

1) La croissance évolutive des pouvoirs de l'entité fédérale étasunienne

La Constitution étasunienne prévoit l'existence de deux ordres de gouvernement que sont la fédération et les États. La pratique a fait émerger un troisième niveau avec les collectivités locales, qui jouent également un rôle dans le fédéralisme fiscal étasunien. Il s'agit donc, dans la logique du fédéralisme, de trouver un équilibre entre ces trois niveaux de gouvernement qui disposent tous de compétences fiscales et de responsabilités en matières de prestation de services publics⁶¹⁰. Toutefois, les compétences du fédéral ayant été considérablement modifiées et son rôle étant devenu beaucoup plus important, les États et les collectivités locales ont rencontré de nombreuses difficultés pour éviter les conflits de compétence et pour trouver leur place.

⁶¹⁰ Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *op. cit.*, tableau 1, p. 254 et tableau 2, p. 255.

Cela a donc entraîné de nombreux recours devant les tribunaux pour déterminer les compétences de chacun des deux ordres concernés et sanctionner les empiètements⁶¹¹. C'est pour cela qu'il existe une recherche d'équilibre et des fluctuations de compétences. Pourtant, il convient de constater que les pouvoirs du fédéral ont eu tendance à augmenter, au détriment des États et des collectivités locales qui en dépendent⁶¹².

Le rôle naturel du gouvernement fédéral est, normalement, de dessiner les grandes lignes directrices et de fournir des compléments de ressources, laissant aux États et à leurs collectivités le soin de gérer directement les services publics. Néanmoins, la multiplication des partenariats intergouvernementaux avec le fédéral et la nationalisation de domaines politiques comme la sécurité intérieure n'ont fait qu'affaiblir le poids et le pouvoir des États (ainsi que de leurs collectivités) dans la gestion des prestations de services⁶¹³. De plus, si la Constitution étasunienne confère au gouvernement fédéral de larges pouvoirs en matière fiscale⁶¹⁴, elle limite ses champs d'action en contrepartie. Le gouvernement central ne peut donc pas, par exemple, taxer ou imposer les biens exportés depuis un État membre de la Fédération⁶¹⁵. Les États ne pouvant agir dans le marché intérieur ou le commerce extérieur et ceux-ci étant restreints dans leurs compétences fiscales en ce qui concerne les transactions interétatiques et internationales⁶¹⁶, ils ne peuvent plus assumer les charges financières dont ils ont la responsabilité. Ainsi, même l'autorité fiscale certaine dont bénéficient les États du fait du X^{ème} amendement de la Constitution, relatif aux compétences résiduelles relevant de l'autorité des États, ne leur permet pas d'échapper au poids pris par le gouvernement fédéral. Le problème relevé par Merl Hackbart provient également de « *l'absence de processus, officiel ou non, permettant de coordonner efficacement la politique fiscale intergouvernementale* »⁶¹⁷. Cela conduit donc à des conflits entre les politiques étatiques et fédérales. De plus, à

⁶¹¹ Merl Hackbart, « Les fluctuations du fédéralisme fiscal aux États-Unis », in Raul Blindenbacher et Abigail Ostien Karos, *Dialogues sur la pratique du fédéralisme fiscal : perspectives comparatives*, McGill-Queen's University Press, 2007, p. 45.

⁶¹² Michael Burgess and Alain G. Gagnon, *Comparative Federalism and Federation*, University of Toronto Press, 1993, pp. 188 à 202 ; John Kincaid, « From Cooperative to Coercive Federalism », *The American Annals of Political and Social Sciences*, 509, May 1990, pp. 139 à 152.

⁶¹³ Merl Hackbart, *op. cit.*, p. 47.

⁶¹⁴ Pouvoir de prélever des impôts, de réglementer le marché intérieur et le commerce extérieur,...

⁶¹⁵ Merl Hackbart, *idem*, p. 46.

⁶¹⁶ George Alan Tarr, « United States of America », in John Kincaid et Alan Tarr, *A Global Dialogue on Federalism - Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, vol.1, Montréal & Kingston, McGill – Queen's University Press, 2005, p. 397.

⁶¹⁷ Merl Hackbart, *ibidem*.

l'instar de leur voisin canadien, les autorités fédérales, aux prises avec de sérieux problèmes de dette, ont décidé de transférer aux États la charge financière de certains programmes et de limiter les transferts de fonds et de soutien à ceux-ci. Cela a accru les charges des budgets étatiques et des collectivités locales, les mettant dans des situations complexes, voire difficiles.

Il résulte de cela que si le poids du gouvernement fédéral a augmenté et que ses compétences ont empiété sur celles des États, ces derniers se sont vus tantôt délestés de leurs champs d'action et de certaines sources de revenus, tantôt chargés d'assumer des responsabilités sans avoir les moyens financiers nécessaires pour les assurer.

2) L'accroissement des ressources du gouvernement fédéral au Brésil malgré la tendance décentralisatrice de la Constitution de 1988

En 1994, le Brésil a adopté un plan de stabilisation monétaire pour répondre à une importante inflation. Cela a eu des effets non négligeables sur les finances fédérales par notamment, l'adoption d'une nouvelle monnaie et le changement de gestion des finances publiques. C'est particulièrement une loi de « *discipline budgétaire* » entrée en vigueur en 2000 qui a amené ces changements. Il convient de dessiner le cadre fiscal brésilien et de revenir sur quelques étapes de sa construction pour comprendre sa situation actuelle.

La situation fiscale brésilienne se caractérise aujourd'hui par des inégalités horizontales et verticales en ce qui concerne la répartition des recettes⁶¹⁸. La distribution des ressources est limitée entre les entités fédérales, entraînant une réelle inefficacité des dépenses publiques. La *Constitution fédérative de 1988* a souhaité amener une certaine décentralisation. Ainsi, elle a conduit à un renforcement des compétences fiscales des entités fédérées. Toutefois, elle a également permis au pouvoir fédéral de se renforcer en mettant en place un budget social alimenté par des impôts fédéraux⁶¹⁹. Ces impôts fédéraux portent le nom de « *contributions sociales* » et sont aussi alimentés par les autres entités que sont le District fédéral, les États et les municipalités. Ces contributions,

⁶¹⁸ Fernando Rezende, « Brésil : préserver la discipline budgétaire malgré les antagonismes régionaux et sociaux », in Blindenbacher Raul et Abigail Ostien Karos, *Dialogues sur la pratique du fédéralisme fiscal : perspectives comparatives*, McGill-Queen's University Press, 2007, pp. 7-8

⁶¹⁹ Celina Souza, « Federal Republic of Brazil », in John Kincaid et Alan Tarr, *A Global Dialogue on Federalism - Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Montréal & Kingston, McGill – Queen's University Press, 2005, p. 95.

s'étant multipliées de manière trop importante, elles ont eu pour conséquence de renverser la décentralisation fiscale et d'affaiblir les entités de la Fédération autres que le pouvoir central⁶²⁰. Cela a réduit l'autonomie financière des États et des municipalités et par voie de conséquence, augmenté les déséquilibres verticaux et horizontaux. Les États ont été les principales victimes de cette politique fiscale car c'est au gouvernement fédéral qu'il appartient de déterminer les limites des champs d'action normative en ce qui concerne l'application et la perception des taxes sur les biens et les services. Selon Fernando Rezende, « *il fixe aussi des dispositions détaillées concernant les budgets infranationaux* »⁶²¹, ne laissant ainsi presque aucune marge de manœuvre et de décision aux États dans un certain nombre de domaines comme les services publics, l'environnement ou l'exploitation des ressources naturelles. Il est à noter que la capacité d'agir des États dans le cadre des dépenses est également minime. L'attribution des ressources budgétaires ne dépend quasiment plus des gouverneurs à qui il est interdit d'effectuer de nouvelles dépenses sans y adjoindre, au préalable, une source de financement, ce qui empêche tout nouvel investissement et toute véritable politique de développement⁶²². Cette situation a conduit les États à trouver les seules sources de financement qui pouvaient leur apporter de nouvelles ressources : l'implantation de nouvelles entreprises sur leur territoire. Malheureusement, cela conduit à une redoutable concurrence fiscale, augmentant d'autant plus les différences et les inégalités entre eux.

De manière assez différente, les municipalités détiennent davantage de pouvoirs de décision et d'action et donc jouissent d'une plus grande autonomie que les États⁶²³. Elles peuvent réglementer l'utilisation des fonds dont elles disposent, gérer leurs services publics et organiser la perception des taxes foncières⁶²⁴. Néanmoins, il existe de grandes disparités entre les municipalités, car le partage des recettes fiscales accordé à ces dernières par le gouvernement fédéral et les États favorise les petites municipalités au détriment des plus grosses. Pour Fernando Rezende, c'est donc un facteur « *d'inégalité*

⁶²⁰ Kent Eaton and Tyler Dickovick, « The Politics of Re-Centralization in Argentina and Brazil », *Latin American Research Review*, Vol. 39, N° 1 (2004), pp. 93-94.

⁶²¹ Fernando Rezende, *op. cit.*, p. 9.

⁶²² Kent Eaton and Tyler Dickovick, *idem*, pp. 94 à 97.

⁶²³ Celina Souza, *op. cit.*, p. 93.

⁶²⁴ Marcelo Piancastelli, « The Federal Republic of Brazil », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, McGill – Queen's University Press, 2006, p. 78.

horizontale dans la répartition des fonds publics au sein de la fédération »⁶²⁵, car des villes peu peuplées reçoivent trop de fonds par rapport à leurs besoins alors que d'autres, concentrant un important nombre de personnes en situation de pauvreté, ne reçoivent pas assez. De plus, l'autonomie des municipalités réduit d'autant plus la marge de manœuvre des États qui ne peuvent empiéter sur les champs de compétence dévolus à celles-ci. Les relations entre les municipalités et le fédéral, du fait du transfert de fonds de l'un vers les autres, sont donc très directes, laissant de côté les États qui se voient écartés d'un certain nombre de décisions prises sur leurs propres territoires.

Il ressort donc de ces développements que si la *Constitution fédérative de 1988* avait pour objectif une décentralisation, tant au niveau des pouvoirs (nous l'avons vu dans le chapitre précédent), qu'au niveau des moyens financiers mis à la disposition des collectivités pour permettre cette décentralisation, la tendance a été totalement inversée. Le pouvoir fédéral a accru ses compétences et ses pouvoirs financiers par la perception d'un nombre croissant de ressources.

3) La double importance du pouvoir financier du gouvernement fédéral canadien : une reconnaissance constitutionnelle et un développement constant

Le système fiscal canadien jouit d'une image positive, de *modèle* dans la décentralisation fiscale fédérale. En effet, les textes constitutionnels canadiens reconnaissent un certain degré d'autonomie aux provinces qui ont la charge de gérer comme elles l'entendent, un grand nombre de services publics, comme la santé, les services sociaux ou l'éducation⁶²⁶. Cette capacité de gestion s'accompagne d'une compétence fiscale pour une partie de leurs revenus. Le pouvoir fédéral opère également des transferts fédéraux vers les provinces⁶²⁷, qui sont de deux natures : des transferts de péréquation inconditionnels et des transferts globaux. Les territoires du Nord bénéficient de ressources supplémentaires pour compenser les maigres revenus du fait de la faible densité de population et afin de permettre aux gouvernements locaux de pouvoir offrir aux habitants des services publics nécessaires.

⁶²⁵ Fernando Rezende, *ibidem*.

⁶²⁶ Respectivement reconnu par les articles 92 (7), (13), (16) ; 92 (13), (16) ; 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁶²⁷ L'article 118 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que le gouvernement fédéral accorde, chaque année, des subventions aux provinces.

Néanmoins, un déséquilibre fiscal, tant horizontal que vertical, s'est révélé du fait, selon Robin Boadway, « *de deux éléments apparemment contradictoires de la fédération canadienne* »⁶²⁸. Le premier élément est la capacité législative exclusive des provinces à régir des domaines essentiels comme, nous l'avons vu, l'éducation, la santé ou l'aide sociale, tout en laissant la responsabilité au gouvernement fédéral d'assurer un certain niveau de qualité de « *services publics essentiels* » et de promouvoir « *l'égalité des chances* »⁶²⁹. Les services publics étant de compétence provinciale, le pouvoir fédéral ne dispose pour agir que des transferts conditionnels vers les provinces ou les individus⁶³⁰. Cela crée donc un premier problème quant à la gestion des services publics. Le second élément posant une difficulté dans le fédéralisme fiscal canadien est lié aux ressources naturelles des provinces. En effet, les provinces ont le droit de taxer l'exploitation de leurs ressources naturelles, mais la Constitution donne la responsabilité au gouvernement fédéral de garantir des ressources suffisantes aux provinces pour assurer l'existence et le fonctionnement de services publics essentiels. Pour cela, le fédéral opère des paiements de péréquation⁶³¹. Or, les disparités entre les provinces sont notamment dues à leurs richesses naturelles. Les ressources perçues par le gouvernement fédéral provenant des contributions des provinces, les plus riches ont le sentiment de payer trop par rapport à celles qui ne disposent pas de ressources. Cela va donc à l'encontre, selon elles, du droit de propriété dont elles disposent sur les revenus.

De plus, le gouvernement fédéral a modifié sa politique de transferts du fait de difficultés budgétaires et a réduit les transferts financiers aux provinces pour les programmes sociaux en les remplaçant par des transferts sous forme de bloc unique⁶³². Les provinces ont protesté contre cette réduction des aides et ont dû répercuter la baisse de fonds sur les municipalités. Cela n'a donc fait qu'accroître les mécontentements et le déséquilibre vertical n'a fait qu'entraîner un déséquilibre horizontal. Cela défavorise donc les plus petites villes et les provinces les moins riches. Les communautés autochtones sont également touchées et subissent de plein fouet les conséquences d'un

⁶²⁸ Robin Boadway, « Canada : les nouvelles questions qui se posent dans une fédération décentralisée », in Raul Blindenbacher et Abigail Ostien Karos, *Dialogues sur la pratique du fédéralisme fiscal : perspectives comparatives*, McGill-Queen's University Press, 2007, p.12.

⁶²⁹ Article 36 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

⁶³⁰ En application du pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral.

⁶³¹ Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, p. 430.

⁶³² Robin Boadway, *op. cit.*, p. 13.

désengagement des aides fédérales, les privant de l'accès aux services publics les plus simples et les plus essentiels.

Les provinces sont donc de plus en plus étouffées par la prédominance du fédéral qui, en plus, est prévue par les textes constitutionnels, ce qui légitime aisément la croissance de ses pouvoirs.

La maîtrise légitime des ressources de chaque entité dans la Fédération ne semble donc pas respectée dans les trois Fédérations, notamment du fait d'un élargissement possible des pouvoirs de l'entité fédérale qui a pris à son compte une partie des ressources normalement dévolues aux États membres, pour des raisons conjoncturelles. Les provinces canadiennes semblent être largement dépendantes de la volonté de l'entité fédérale quant à la maîtrise de leurs ressources. Se pose ainsi la question de l'autonomie financière des provinces, principe normalement reconnu par le fédéralisme.

Après avoir vu la question de la maîtrise des ressources, il convient d'analyser la maîtrise du pouvoir de dépenser au sein des cas pris pour objets d'étude.

§2 La question de la maîtrise du pouvoir de dépenser : un pouvoir limité des États diversement mis en place

Pour continuer dans notre démarche de recherche de l'existence d'un *modèle fédératif* et de la délimitation des éléments de définition du fédéralisme, nous allons analyser maintenant la question de la maîtrise du pouvoir de dépenser. Dans la problématique générale de l'organisation et de la répartition des pouvoirs financiers, il est important de comprendre comment les entités de chaque Fédération sont capables de maîtriser leur pouvoir de dépenser.

Les trois systèmes fédératifs américains semblent avoir tiré un trait sur le respect de la répartition stricte des compétences de chaque entité au sein de la Fédération et cela apparaît notamment en ce qui concerne le pouvoir de dépenser (A). Cela conduit donc à des réaménagements des compétences de chaque collectivité : fédéral, États membres ou parfois entités régionales (B).

A) La fin de la reconnaissance du partage immuable des pouvoirs entre les États membres et la fédération dans les Fédérations modernes

L'arrêt *Mc Culloch v. Maryland* de la Cour suprême étasunienne, rendu en 1819, fut le premier pas vers une plus grande souplesse dans la responsabilité des pouvoirs puisqu'il

consacra la théorie des pouvoirs implicites en faveur de la fédération⁶³³. Pour Christophe Heckly et Eric Oberkamp, cela signifie que le fédéral peut prendre toutes mesures qu'il juge nécessaires, qui ne lui sont pas interdites et qui sont conformes à l'esprit de la Constitution selon l'alinéa 8 de l'article 1 qui prévoit les matières de compétence fédérale dans les domaines qui appartiennent, normalement aux États⁶³⁴. La capacité d'agir de l'entité fédérale paraît ainsi extensive. Le niveau fédéral reconnaît la plupart du temps une responsabilité à la fois fédérale et locale à l'élaboration des projets de loi et de leur exécution. En 1923, la Cour suprême va aller encore plus loin dans le sens d'une extension des pouvoirs du fédéral puisqu'elle va admettre que la fédération peut dépenser dans des domaines qui ne sont pas de sa responsabilité si cela a pour but le bien-être de la nation⁶³⁵. Dans cette affaire, la Cour indique que les États pouvant refuser une subvention du pouvoir fédéral, les conditions d'exigences fédérales conditionnées par l'octroi de cette subvention n'étaient pas incompatibles avec le principe d'autonomie des États. Ce même principe d'action du gouvernement fédéral dans des domaines de responsabilité étatique ou locale se retrouve dans la Fédération canadienne pour « *la paix, l'ordre et le bon gouvernement* ». Malheureusement, il convient de souligner que le refus d'une aide est difficile voire irréaliste, que ce soit financièrement ou politiquement. Cela établit donc que le fédéral a la capacité de modifier le partage des compétences à sa discrétion, dans le cadre de son pouvoir général de dépenser dans le but du *general welfare*.

Cela signifie que lors de l'octroi d'une aide financière par l'entité fédérale à un État, ce dernier se voit donner la possibilité financière de mettre en œuvre ses pouvoirs. Cela a pour conséquence de réduire la frontière existante entre les domaines appartenant au fédéral et ceux revenant aux États puisque le fédéral va permettre aux États (ou non) d'agir dans leurs champs de compétence. Le pouvoir central s'introduit dans la sphère de compétences des États et l'autonomie de ces derniers s'en trouve amoindrie. Cette « *intrusion* » a lieu dans tous les domaines de compétence, qu'ils soient administratif, législatif et financier⁶³⁶. Cependant, il convient de rappeler, comme nous l'avons vu

⁶³³ Supreme Court, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

⁶³⁴ Christophe Heckly et Eric Oberkamp, *La subsidiarité à l'américaine : quels enseignements pour l'Europe ?*, Paris, l'Harmattan, 1994, p. 27.

⁶³⁵ Supreme Court, *Massachusetts v. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923).

⁶³⁶ Ronald L. Watts, « Comparative Conclusions », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, McGill – Queen's University Press, 2006, p. 333.

précédemment, que la dépossession des pouvoirs des États ou des collectivités ne s'est aucunement réalisée de manière inconstitutionnelle. En réalité, ces instances continuent de garder la responsabilité et la gestion des pouvoirs dont ils sont titulaires en vertu de la Constitution, mais l'initiative et la maîtrise financières appartiennent désormais à l'instance fédérale. Cela permet donc de prévoir et organiser des politiques globales, au niveau national, dont les États et les collectivités sont des acteurs appliquant une ligne directrice décidée au niveau fédéral.

Néanmoins, d'un point de vue purement théorique, cela remet en cause le principe d'autonomie, principe fédéral fondamental. S'il n'existe plus de correspondance entre les charges et les compétences d'une instance, le principe d'autonomie financière est largement remis en cause du fait de la dépossession du pouvoir de dépenser de l'instance.

Le cas étasunien n'est pas unique dans le dépassement des limites de chaque entité de la Fédération. Nous le verrons plus loin⁶³⁷, le cas canadien offre également l'exemple de la capacité du gouvernement fédéral d'agir dans des domaines qui ne relèvent pas, *a priori*, de sa compétence. Il pourra agir pour le *bien-être* du pays en sa qualité de Puissance publique ou pour « *la paix, l'ordre et le bon gouvernement* ». C'est aussi le cas lorsqu'il accorde des subventions conditionnelles, obligeant les collectivités récipiendaires à agir selon l'accord mis en place par l'autorité fédérale et la collectivité.

Pour bien saisir les compétences de chaque entité dans le pouvoir de dépenser, il convient d'analyser dans un premier temps la répartition des ressources dans les trois Fédérations américaines (1) leur permettant de déterminer leur pouvoir de dépenser, cela pour comprendre dans un second temps que les gouvernements fédérés ne détiennent plus que des compétences relatives (2).

1) La répartition des ressources dans les trois Fédérations américaines

La répartition des ressources dans les trois Fédérations américaines étudiées ici mérite d'être analysée pour mesurer le pouvoir de dépenser dont dispose chaque entité. Cette analyse se fera sous trois angles : le premier consistant à expliquer la répartition des

⁶³⁷ Voir b) du 2) de ce même paragraphe

recettes communes entre la fédération et les collectivités locales (a), le deuxième consistant à examiner la répartition des recettes entre la fédération et les entités fédérées (b) et le troisième relatif à la répartition des recettes entre les entités fédérées (c).

a) La répartition des recettes communes entre la fédération et les collectivités locales

Dans les trois Fédérations que nous étudions, la majorité des ressources fiscales revient à l'entité fédérale. Cette logique, plutôt centralisatrice et caractéristique des pays unitaires, va à l'encontre des principes d'autonomie et de séparation propres à la logique du fédéralisme. Cette contradiction est manifeste du fait de la distribution par le pouvoir fédéral, de ressources financières aux entités fédérées⁶³⁸. Cette tendance d'intégration du pouvoir financier en matière de ressources suit une logique de partage fédéral du produit des ressources. L'intérêt de cette logique réside dans une uniformité fiscale concernant les prélèvements d'une part, et la distribution des recettes d'autre part. D'un point de vue politique, cela facilite la péréquation des ressources, qu'elle soit verticale ou horizontale, pour un financement uniforme des services publics et une égalisation des ressources entre les entités fédérées riches et pauvres. Par contre, cette logique est contraire à l'esprit du fédéralisme qui n'envisage normalement pas de lien de subordination entre l'entité fédérale et les entités fédérées.

Le Brésil est une illustration du pouvoir fiscal détenu par l'entité fédérale. En effet, le Brésil connaît de grandes inégalités entre les régions et avec la *Constitution fédérative de 1988*, il est devenu, selon certains membres de la doctrine, un des pays fédératifs les plus décentralisés politiquement et fiscalement⁶³⁹. Il serait possible d'améliorer cette décentralisation, reposant dans certain cas, sur des transferts de ressources. Selon le professeur Wayne A. Selcher, une solution serait d'améliorer la croissance des capacités locales, selon le potentiel des régions, plutôt que se baser des transferts d'impôts entre États membres et des encouragements fiscaux pour compenser les disparités⁶⁴⁰.

⁶³⁸ Ronald L. Watts, *ibidem*.

⁶³⁹ Marcelo Piancastelli, « The Federal Republic of Brazil », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, McGill – Queen's University Press, 2006, p. 87.

⁶⁴⁰ Wayne A. Selcher, « The Politics of Decentralized Federalism, National Diversification and Regionalism in Brazil », *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 1998, 40 :4, p. 29.

La décentralisation fiscale prévue par la *Constitution fédérative de 1988* a déplacé les bases des taxes, des ressources et des transferts vers les États et les municipalités⁶⁴¹. L'une des prérogatives de la *Constitution fédérative de 1988* était de créer des municipalités et en dix ans, mille quatre cent furent formées. Le Fond fédéral de participation des municipalités représente une source de revenus indispensable pour la plupart de celles-ci. Si la plupart d'entre elles jouissent d'une base d'impôts, elles ne prennent pas la peine de les utiliser, préférant dépendre des transferts des États et de

⁶⁴¹ Horta Andrade Simone, « Le droit fiscal », in Domingos Paiva de Almeida, *Introduction au droit brésilien*, Paris, L'Harmattan, 2006, pp. 199-203.

Le Brésil connaît un véritable déséquilibre vertical au niveau fiscal car les États sont extrêmement dépendants des revenus de transfert provenant du fédéral.

La *Constitution de 1988* réduit la centralisation du pouvoir financier concernant le gouvernement fédéral et développe l'autonomie financière des entités de la Fédération. Simone Horta-Andrade-Righi y voit « *un modèle mixte de répartition des revenus* » car il prévoit un partage de la compétence fiscale entre les membres de la Fédération et la répartition des recettes.

La compétence fiscale qui désigne le pouvoir d'instituer des prélèvements obligatoires est partagée entre les entités composant la Fédération brésilienne, c'est-à-dire l'Union, les États, le District fédéral et les municipalités. Mais la compétence fiscale n'est pas uniquement exclusive, elle peut être aussi commune et résiduelle. La Constitution de 1988 établit ce partage et prévoit tous les prélèvements obligatoires pouvant être créés par le législateur.

L'article 145 de la Constitution dispose que les quatre entités peuvent instituer des impôts, des taxes et des contributions pour amélioration. Mais, les entités se voient donner la compétence pour instituer et gérer un certain type d'impôts, attribuant à chacun une compétence exclusive. Ce sont les articles 153, 155 et 156 de la Constitution qui vont déterminer les compétences de chaque entité. Ainsi, l'Union est compétente pour instituer des impôts :

- sur l'importation de produits étrangers ;
- l'exportation de produits nationaux ou dédouanés ;
- les revenus et gains de toute nature ;
- les produits industrialisés ;
- les opérations de crédit, de change et d'assurance ou relatives à des titres et des valeurs mobilières ;
- la propriété rurale non bâtie et les grandes fortunes.

Les États et le District fédéral ont, eux, la compétence pour instituer des impôts sur :

- les transmissions à *causa mortis* et les donations de tous biens et droits ;
- les opérations liées à la circulation des marchandises, les prestations de services de transport entre États et entre communes, les prestations de services de communication, même lorsque ces opérations et prestations commencent à l'étranger ;
- la propriété des véhicules automoteurs.

Enfin, les municipalités et le District fédéral, détiennent la compétence pour instituer des impôts sur :

- la propriété bâtie et non bâtie en zone urbaine ;
- la transmission entre vifs à titre onéreux, de quelque manière que ce soit, de biens immeubles par nature ou par destination physique et de droits réels sur les immeubles, à l'exception des garanties, ainsi que la cession des droits à leur acquisition ;
- les services de toute nature non visés à l'article 155 –II.

Il revient à l'Union le pouvoir d'instituer des emprunts obligatoires et des contributions spéciales, selon les articles 148 et 149 de la Constitution, à la différence de la contribution sur l'éclairage public qui revient aux municipalités.

À côté de ces compétences communes et exclusives, il existe, selon Simone Horta-Andrade-Righi, des compétences dites « *résiduelles* » qui permettent notamment à l'Union d'instituer des impôts ou des contributions sociales liées à la sécurité sociale, non prévus par la Constitution.

l'Union⁶⁴². Le gouvernement fédéral coordonne ce système et comble en dernier ressort les dépassements de coûts et les dettes. Malheureusement, comme les excès ont été importants, les États membres ont perdu beaucoup de leur autonomie fiscale au profit de Brasília. La taxe sur la circulation des marchandises et les services (ICMS), c'est-à-dire taxe sur la valeur ajoutée, est la principale source de revenus des États et de transfert des États vers les municipalités.

Le gouvernement fédéral, par les systèmes fiscaux qu'il a mis en place, a donc renforcé son ascendant sur les collectivités, tout en gardant une part des ressources qu'il avait mises à la disposition des municipalités. Les États, eux, continuent de transférer des ressources aux municipalités, laissant donc le fédéral renforcer son pouvoir sur les collectivités.

Une tendance au contrôle des recettes par l'entité fédérale se manifeste dans les trois Fédérations américaines. Le cas du Brésil est une illustration claire de cette tendance qui s'est développée sous l'empire de la *Constitution fédérative de 1988* mais qui existe depuis davantage de temps aux États-Unis et au Canada. Cette tendance est contraire aux principes d'autonomie et de séparation du fédéralisme.

b) La répartition des recettes entre la fédération et les entités fédérées

La répartition des recettes entre la fédération et les entités fédérées peut se faire selon deux manières différentes. Premièrement, elle peut se faire par un partage du produit de certains impôts fédéraux. Cette logique peut être inscrite dans le texte constitutionnel ou dans la loi, consacrant des impôts « *communs* ». Dans ce cas, la Constitution fédérative ou la loi, comme aux États-Unis⁶⁴³, établit la part qui revient à chaque entité. Il est possible de prendre pour exemple les *Constitutions brésiliennes de 1946 et 1967* qui organisaient, pour la première, un partage des ressources entre la fédération, les États et les municipalités⁶⁴⁴ et, pour la seconde, des liens financiers entre les États et les municipalités, inexistantes depuis 1946. Elles prévoyaient le versement par l'Union de 10% des recettes de l'impôt sur le revenu aux États et aux municipalités et d'une part du produit des taxes pétrolières, minières et d'électricité aux États en fonction de leur

⁶⁴² Wayne A. Selcher, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁴³ Un exemple est l'Internal Revenue Code.

⁶⁴⁴ Jean Anastopoulos, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1979, p. 172.

population et par une méthode de péréquation. Les municipalités, recevaient quant à elles, 20% du produit de la taxe des États sur la valeur ajoutée et le produit de l'impôt fédéral sur la propriété foncière rurale.

Deuxièmement, la répartition des recettes peut se faire par des transferts fédéraux. Ces transferts qui peuvent s'apparenter à une forme de coopération intergouvernementale, peuvent être conditionnels et donc être versés pour un ou des objectifs précis, ou bien inconditionnels. Ces deux instruments se retrouvent notamment dans les Fédérations canadienne et étasunienne et manifestent, particulièrement pour le cas de la répartition des recettes par la voie de transferts fédéraux, une nouvelle forme de domination du pouvoir fédéral sur les États et une perte de ces derniers d'une part de leurs compétences, notamment et par voie de conséquence, en matière de dépenses.

c) La répartition des recettes entre les entités fédérées

Lorsque la répartition des recettes s'opère entre les entités fédérées, elle est organisée par le législateur fédéral⁶⁴⁵. Dans ce cas, différents types de répartition peuvent exister. Soit des parts égales sont versées aux différentes entités selon le produit des recettes des entités, soit une part de la recette commune est versée aux entités selon des critères démographiques et/ou de capacité financière. Aux États-Unis, une répartition entre les États se fait sur le produit de l'impôt sur le revenu selon deux modalités différentes selon les États⁶⁴⁶ : soit selon quatre facteurs que sont la population, le niveau de pauvreté, le degré de contribution fiscale en milieu urbain et le degré de fiscalité des États en matière d'impôt sur le revenu, soit selon trois facteurs prenant en considération la population, le niveau de pauvreté et l'importance des contributions fiscales par habitant. Dans le premier cas, cela favorise les États urbanisés et industrialisés du fait du montant de l'impôt sur le revenu. Dans le second, cela avantage les États ruraux.

Au Brésil, la répartition de la recette fiscale est prévue par les articles 157 à 162 de la *Constitution fédérative de 1988*. Elle ne concerne que les impôts et pas les autres types de prélèvements obligatoires. L'impôt sur le revenu, par exemple, relève de la compétence de l'Union et est prélevé sur les salaires des fonctionnaires publics des États et des communes. Il est distribué aux gouvernements dont les fonctionnaires

⁶⁴⁵ Jean Anastopoulos, *op. cit.*, p. 177.

⁶⁴⁶ Jean Anastopoulos, *idem*, p. 178.

dépendent⁶⁴⁷. De même, presque la moitié des impôts perçus sur le revenu et sur les produits industrialisés, institués par l'Union, est reversée à des fonds de participation des États, du District fédéral et des communes, ainsi qu'à des programmes de financement régionaux⁶⁴⁸. En ce qui concerne les impôts recouvrés par les États, 50% de l'impôt sur la propriété de véhicules à moteur et 25% de l'impôt sur la circulation des biens et de services sont répartis proportionnellement entre les communes.

Une nouvelle fois, une répartition des recettes entre les entités fédérées organisée par l'entité fédérale dénote une supériorité de celle-ci sur les collectivités qui ne peuvent utiliser leur pouvoir de dépenser à leur guise, dans la logique du principe d'autonomie.

La répartition des ressources dans les trois Fédérations américaines est maîtrisée par l'entité fédérale. C'est d'elle dont dépend la part des ressources distribuées aux États et aux collectivités locales. Toutefois, le degré de maîtrise des ressources varie selon les époques et les responsables politiques. On peut alors parler de tendance et non de véritable cadre ou *modèle*.

2) Les compétences relatives des gouvernements fédérés

La faiblesse des compétences des gouvernements fédérés se manifeste par l'utilisation de subventions de la part du pouvoir fédéral, qu'elles soient conjointes, conditionnelles ou inconditionnelles (a). Le Canada offre, pour cela, une illustration significative du pouvoir réduit des États membres en matière de dépenses (b).

a) Les dépenses conjointes, les subventions conditionnelles et inconditionnelles de la part du fédéral

Cette compétence se manifeste notamment par le financement conjoint des services publics. Dans cette logique, le gouvernement fédéral a la possibilité de participer financièrement à des opérations et des missions relevant des compétences des entités fédérées ou locales si celles-ci ont un intérêt national. C'est par exemple le cas pour la réalisation commune de services. Les participations financières sont vues comme des

⁶⁴⁷ Articles 157 I et 158 I de la *Constitution fédérative de 1988*.

⁶⁴⁸ Voir Simone Horta-Andrade-Righi, « Le droit fiscal », in Domingos Paiva de Almeida, *Introduction au droit brésilien*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 216.

contributions d'un budget à un autre. Lorsqu'elles permettent de financer des services d'intérêt commun, elles peuvent être qualifiées de dépenses conjointes⁶⁴⁹. Le financement conjoint revêt donc un double caractère : il est à la fois un transfert de recettes affectées et une tâche commune. Ces programmes conjoints sont parfois assimilés à des subventions inconditionnelles⁶⁵⁰, c'est-à-dire des subventions versées sous la forme de dotations générales et non affectées à un but spécifique.

Les dépenses conjointes verticales, c'est-à-dire fédérales et fédérées, existent, par exemple, au Canada sous la forme de trois types de programmes dont le financement est partagé⁶⁵¹. Le premier cas concerne les programmes conjoints en matière de travaux publics et d'équipements. Le deuxième type de programme conjoint consiste en ce que le gouvernement fédéral, pour tout type de projet, finance la totalité du projet et se fera rembourser d'une partie du coût de financement par la collectivité associée au projet. Enfin, le troisième type de programme, qui représente le plus grand nombre de cas, concerne le « *régime d'assistance public du Canada* », « *l'assurance-hospitalisation* » et « *l'assurance-maladie* » : il consiste en une prise en charge commune et partagée des coûts de certains services provinciaux d'assistance sociale entre le fédéral et une collectivité fédérée⁶⁵².

Aux États-Unis, au contraire, il existe un financement conjoint horizontal, c'est-à-dire entre collectivités fédérées. Cela porte le nom d'*interstate compacts*, soit *ententes interétatiques*. Ce type d'action est rendu possible par l'article 1, section de la Constitution fédérative qui permet la possibilité pour chaque État de conclure des accords avec d'autres États, sous réserve d'une autorisation du Congrès.

À côté de ces programmes conjoints, il existe des subventions fédérales conditionnelles⁶⁵³, affectées à des buts spécifiques. Dans ce cas, l'attribution de la

⁶⁴⁹ Voir Jean Anastopoulos, *idem*, p. 225.

⁶⁵⁰ Les subventions inconditionnelles sont définies comme des « transferts intergouvernementaux sans aucune condition attachée ou exigence de dépense dans un but spécifique » Glossaire, Raul Blindenbacher et Abigail Ostien Karos, *Dialogues sur la pratique du fédéralisme fiscal : perspectives comparatives*, McGill-Queen's University Press, 2007, p. 62.

⁶⁵¹ Jean Anastopoulos, *idem*, p. 230.

⁶⁵² Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, p. 547.

⁶⁵³ Les subventions conditionnelles sont définies comme « des transferts intergouvernementaux opérés du gouvernement national vers les gouvernements infranationaux, avec une ou plusieurs conditions attachées quant à l'utilisation des sommes en cause, traditionnellement utilisées pour faire progresser les politiques nationales prédéfinies dans les domaines relevant des collectivités infranationales » Glossaire, Raul Blindenbacher et Abigail Ostien Karos, *ibidem*.

subvention doit se faire par une loi fédérale fixant les modalités et que les subventions soient justifiées et affectées à une mission d'intérêt général. Le transfert de telles subventions fédérales aux collectivités fédérées est donc une violation des principes constitutionnels de responsabilité financière et d'autonomie budgétaire de ces mêmes collectivités. Cela a une conséquence sur le partage des compétences. Le transfert de subvention doit avoir un caractère limité et exceptionnel, tout en étant également prévu par la loi ou par le texte constitutionnel⁶⁵⁴. Dans les cas que nous prenons pour objet d'étude, il semble que ce soit une règle issue de la pratique qui ait été généralement acceptée, reconnaissant au gouvernement fédéral le pouvoir de subventionner, du fait de sa compétence législative et de son pouvoir de dépenser. Aux États-Unis, par exemple, le texte constitutionnel n'envisage pas l'allocation de ressources du gouvernement fédéral aux gouvernements fédérés ou locaux, mais la jurisprudence a permis les subventions en s'appuyant sur la « *clause de bien-être général* » (*General Welfare Clause*), prévue à l'alinéa 1 de la section 8 de l'article 1 de la Constitution, ainsi que selon la « *clause du pouvoir de dépenser* » (*Spending Clause*)⁶⁵⁵. La Cour suprême a donc autorisé ce type de subvention⁶⁵⁶.

Au Canada, il en a été de même par l'interprétation de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* prévoyant la possibilité d'aides statutaires prenant la forme de versements inconditionnels. De plus, de nombreux travaux⁶⁵⁷ ont montré que le Parlement fédéral canadien avait le pouvoir de réaliser « *le prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation (article 91, alinéa 3) et qu'il est compétent pour légiférer relativement à la dette et la propriété publique (article 91, alinéa 1, A)* »⁶⁵⁸. Il convient de préciser que des interprétations différentes ont été développées par la commission Tremblay⁶⁵⁹.

La réalisation de telles subventions peut également être justifiée par l'application du principe d'« *exacte adéquation* », selon Guy Héraud. Pour celui-ci : « *la collectivité*

⁶⁵⁴ Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *Federalism in America*, Wesport, Connecticut, Greenwood Press, 2006, p. 74.

⁶⁵⁵ Voir Jean Anastopoulos, *idem*, p. 237.

⁶⁵⁶ Voir Cour suprême, *Massachusetts v. Mellon*, 262, U.S. 447.

⁶⁵⁷ L.M. Gouin et B. Claxton, *Legislative Expedients and Devices Adopted by the Dominion and the Provinces*, Ottawa, King's Printer, 1939 ; B. Laskin, *Canadian Constitutional Law*, Toronto, The Conswell Co., 1966 ; et G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power under the Canadian Constitution*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1967, cités par Jean Anastopoulos, *idem*, p. 238.

⁶⁵⁸ Jean Anastopoulos, *ibidem*.

⁶⁵⁹ Nous n'irons pas plus loin sur ce point qui, même s'il offre une vision inverse, n'a pas été retenu.

de base doit observer toutes les compétences qu'elle est capable de gérer efficacement et sans nuire aux personnes et aux autres collectivités. Inversement, la collectivité doit transférer à la collectivité dite supérieure, les pouvoirs qu'elle n'est pas à même d'exercer convenablement ; ainsi la collectivité supérieure n'intervient qu'à titre subsidiaire »⁶⁶⁰.

Cette application du principe de subsidiarité conduit à conférer des pouvoirs nouveaux à la fédération, du fait de sa capacité à définir l'intérêt général. Il ressort des études sur les subventions fédérales que celles qui ont un but spécifique sont généralement conditionnées par l'affectation de fonds perçus à ce titre et pour un objet précis, de manière à permettre de contribuer ensuite à la réalisation de services subventionnés. Les subventions sont dites « *catégorielles* » (*categorical grants*) si les transferts fédéraux ont des objectifs définis, et « *globales* » (*block grants*) si le domaine est précisément défini mais les objets de la dépense ne le sont pas⁶⁶¹.

Les conséquences des subventions versées par le gouvernement fédéral, si elles permettent d'aider les collectivités à améliorer leurs services, ont aussi un aspect négatif. Au-delà d'une aide financière, elles sont aussi un outil d'influence fédéral, du fait de leur accompagnement de conditions financières, politiques et administratives, la plupart du temps. De plus, pour faire face à des difficultés financières et obtenir des subventions, les États vont parfois réaliser des projets qui n'ont pas de priorité pour leurs citoyens et ainsi réaliser des projets ne répondant pas à un besoin⁶⁶². Cela conduit donc à une certaine centralisation politique et à une réduction de la liberté de décision des collectivités. Ce phénomène se retrouve assez largement aux États-Unis⁶⁶³ ainsi qu'au Canada.

⁶⁶⁰ Guy Héraud, *Les principes du fédéralisme et la fédération européenne*, Paris, Presses de l'Europe, 1968, p. 49.

⁶⁶¹ Voir Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *op. cit.*, pp. 74 et 109.

⁶⁶² Voir Martha Derthick, « Crossing Threshold : Federalism in the 1960s », *Journal of Policy History*, n°8, 1996, pp. 64 à 80 ou Daniel J. Elazar, *American Federalism : A View from the States*, 2d ed., New York, Thomas Y. Crowell Company, 1972.

⁶⁶³ Voir par exemple Morton Grodzins, *The American System : A View of Government in the US*, in Daniel J. Elazar (ed.), Chicago, Rand McNally, 1984, pp. 315 à 320.

b) L'illustration du pouvoir réduit des États membres en matière de dépenses : le cas du Canada

L'exemple du Canada permet d'illustrer très clairement les larges pouvoirs du gouvernement fédéral en matière de dépenses (1/), ainsi que la conséquence qui en résulte c'est-à-dire des restrictions du pouvoir de dépenser pour les provinces (2/).

1/ Les larges pouvoirs du gouvernement fédéral en matière de dépenses

Dans le fédéralisme canadien, les instances fédérale et provinciales peuvent agir librement dans leurs champs de compétence et exercer leur pouvoir de dépenser comme elles le souhaitent, en accord avec les règles constitutionnelles. Toutefois, le fédéralisme canadien opère une distinction entre l'exercice de la puissance publique et la gestion de la propriété publique⁶⁶⁴. Dans le premier cas, l'État est vu comme exerçant sa souveraineté, dans le second, il est vu comme un gestionnaire, c'est-à-dire agissant comme tout individu pourrait le faire. Lorsqu'il exerce sa souveraineté, l'État exerce la puissance publique. Il jouit donc d'un statut particulier et ses actes recouvrent une nature propre. Par contre, quand l'État contracte, gère ou commerce, il n'exerce pas sa souveraineté et agit comme toute personne, physique ou morale⁶⁶⁵. Les actes pris dans l'un ou l'autre cas de figure n'ont pas la même portée, ni la même nature juridique.

En conséquence, malgré les règles de répartition des compétences, un ordre de gouvernement peut dépenser de l'argent dans les domaines de compétence d'un autre ordre de gouvernement⁶⁶⁶. Se pose donc un véritable problème de chevauchement de compétences car le fait que le fédéral dépense dans un champ de compétence relevant des provinces, va conduire à des désordres dans les programmes mis en place par les provinces. L'intervention fédérale va parfois aller au-delà du désordre et réduire la *souveraineté* des provinces quand la dépense fédérale sera faite sous forme de subvention. Dans ce cas, les subventions sont de véritables transferts conditionnels, obligeant les provinces à agir selon la condition posée par le gouvernement fédéral si elles souhaitent recevoir les fonds fédéraux. De plus, les provinces ne disposant que de

⁶⁶⁴ Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, pp. 79 à 85.

⁶⁶⁵ Voir, par exemple, Cour d'appel Ontario, *Ottawa Valley Power Co. c. A.-G. Ontario*, (1936), 4 D.L.R., 594.

⁶⁶⁶ Il a été reconnu que le fait de voter des lois d'affectation de crédits ne devait pas être vu comme un acte législatif empêchant de dépenser dans un domaine de compétence d'un autre ordre de gouvernement. Voir, par exemple, Cour suprême, *Dunbar c. A.-G. Saskatchewan*, (1984) 11 D.L.R., 374.

fonds équivalents à leurs besoins, elles ne peuvent se permettre de refuser des aides fédérales financières. Cela devient donc une véritable soumission de la province envers le pouvoir fédéral, réduisant indirectement ses compétences et limitant ses actions. C'est, par exemple, le cas de subventions sur l'assurance-hospitalisation et les soins médicaux, puisque les subventions étaient conditionnées par le respect des normes nationales⁶⁶⁷.

Il convient de souligner avec les professeurs Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet que même si la part des dépenses publiques fédérales a diminué durant la seconde moitié du XX^{ème} siècle par rapport aux dépenses provinciales, il est impossible de parler de décentralisation concernant le fédéralisme financier canadien, et ceci pour une raison principale : environ 50% des dépenses provinciales sont réalisées dans des programmes mis en place par le gouvernement fédéral ou dans lesquels ils apportent une contribution substantielle⁶⁶⁸. Dans ces derniers cas, le fédéral impose un certain nombre de conditions, réduisant de fait, la part de souveraineté des provinces.

2/ Les restrictions du pouvoir de dépenser pour les provinces

Le pouvoir de dépenser est défini comme le pouvoir détenu par le Parlement « de verser certaines sommes aux individus, aux organisations ou aux gouvernements, à des fins au sujet desquelles le Parlement canadien n'a pas nécessairement le pouvoir de légiférer »⁶⁶⁹. Pour l'ancien ministre de la Justice E. A. Driedger, les provinces sont aussi titulaires de ce pouvoir, en vertu de l'article 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶⁷⁰. Pour Gérald-A. Beaudoin, « le pouvoir de dépenser touche principalement aux paiements inconditionnels faits aux provinces, aux paiements effectués aux particuliers et aux subventions conditionnelles »⁶⁷¹. Ainsi, lorsque le fédéral use de son droit de dépenser de manière directe pour les citoyens et les organismes, il peut le faire sans aucune difficulté ou restriction. Toutefois, ces dépenses sont toujours conditionnelles et les bénéficiaires doivent se conformer aux exigences formulées par l'autorité fédérale. Les dépenses vont être indirectes quand elles se feront par le biais d'ententes intergouvernementales. Dans

⁶⁶⁷ Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, p. 431.

⁶⁶⁸ Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *ibidem*.

⁶⁶⁹ Pierre Elliot Trudeau, *Les subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du Parlement canadien*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, p. 5.

⁶⁷⁰ E.A. Driedger, « The spending power », *Queen's L.J.*, 1981, 7, p. 131.

⁶⁷¹ Gérald-A. Beaudoin, *Le fédéralisme au Canada – Les institutions, le partage des pouvoirs*, Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 2000, p. 721.

ce cas, elles peuvent être conditionnelles ou inconditionnelles. Par contre, lorsque le fédéral décide de dépenser dans des domaines de compétence provinciale exclusive, il doit se soumettre au respect d'un certain nombre de conditions comme un préavis, une collaboration avec la ou les provinces concernées et laisser la possibilité à une province de se retirer de cette collaboration, tout en gardant la part financière qui lui revient⁶⁷². Il convient cependant d'indiquer que le droit de retrait des provinces est très rarement utilisé et les conditions d'engagements posées par le pouvoir fédéral sont telles que les provinces ne peuvent les refuser. En effet, les conditions financières à un transfert de fonds lient les provinces qui ne peuvent les refuser, même lorsqu'elles concernent un domaine non prioritaire pour la province. Le professeur Pierre Blache explique : « *en plus de voir le fédéral choisir quel secteur du domaine provincial privilégier, de se voir obligés à y dépenser aussi, les gouvernements provinciaux doivent alors y faire régner des principes choisis par le pouvoir qui n'a pas compétence dans le domaine* »⁶⁷³.

Le problème est que les provinces ne peuvent se passer des transferts de fonds dans la grande majorité des cas. Cela a pour conséquence une perte de maîtrise des dépenses de la part des provinces. Il ressort de cela que les débordements de compétence de la part du fédéral et la réduction du principe d'autonomie entraînent des déséquilibres importants.

Le principe de péréquation, prévu à l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, peut être vu comme une manifestation du pouvoir de dépenser. Lorsque le pouvoir fédéral utilise la péréquation pour lutter contre les déséquilibres et les disparités entre les provinces, cela entre tout à fait dans le cadre des principes du fédéralisme.

Le bilan qu'il convient de tirer du pouvoir de dépenser des provinces canadiennes est donc celui d'une autonomie limitée⁶⁷⁴, du fait des pouvoirs du gouvernement fédéral qui peut utiliser son pouvoir fiscal et son pouvoir de dépenser dans un grand nombre de domaines de compétence provinciale. De plus, environ la moitié des dépenses provinciales résultent de programmes établis par le gouvernement fédéral ou dans lesquels il participe de manière importante. L'autonomie des provinces est également

⁶⁷² Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *idem*, p. 433.

⁶⁷³ Pierre Blache, « Le pouvoir de dépenser au cœur de la crise constitutionnelle canadienne », *Revue Générale de Droit*, 1993, n°24, p. 42.

⁶⁷⁴ Eugénie Brouillet, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », *Les cahiers de droit*, vol. 45, n°1, Université Laval, mars 2004, p. 32.

limitée par le fait que le gouvernement fédéral nomme les juges chargés de trancher les litiges relatifs aux empiètements de compétences entre le fédéral et les provinces et que la jurisprudence, dans ce domaine, ne pose que très peu de limites aux velléités fédérales.

Dans la perspective d'une recherche des éléments de définition du fédéralisme et de l'existence d'un *modèle*, nous pouvons affirmer ici que la répartition des ressources entre les collectivités est très variable selon les Fédérations car elle pourra se faire par le biais de subventions (transferts fédéraux) ou du partage du produit de certains impôts. De plus, ces subventions pourront recouvrir des obligations plus ou moins importantes. Enfin, les transferts de ressources peuvent se faire vers les entités locales (municipalités) ou par le biais des États membres. Aucun *modèle* n'est donc constatable. Pour autant, une tendance peut être observée dans les trois Fédérations : un renforcement du pouvoir de l'entité fédérale. Néanmoins, cela s'apparente davantage à une tendance conjoncturelle qu'à une véritable caractéristique du fédéralisme.

B) Les aménagements du pouvoir de dépenser : les réorganisations multiples des compétences des collectivités

Pour compenser quelque peu les déséquilibres créés par l'accaparement de la majorité des sources de recettes et donc du pouvoir de dépenser, les trois Fédérations américaines ont réorganisé les compétences des collectivités et ceci, notamment par la mise en place de systèmes de péréquation différents selon les pays (1) et par l'utilisation de techniques de coopération et de coordination variables (2).

1) Des systèmes de péréquation différemment mis en place

La péréquation peut être définie comme : « *la redistribution formelle des ressources au sein d'une fédération, de manière à fournir une norme standard minimale de ressources entre les collectivités, et offrir ainsi aux citoyens un niveau comparable de services publics, indépendamment de leur lieu de résidence* »⁶⁷⁵.

⁶⁷⁵ Glossaire, Raul Blindenbacher et Abigail Ostien Karos, *Dialogues sur la pratique du fédéralisme fiscal : perspectives comparatives*, McGill-Queen's University Press, 2007, p. 61.

La péréquation financière a donc pour but de réduire les inégalités régionales des revenus et ainsi de pouvoir mieux réorganiser les rapports entre les régions financièrement et économiquement dynamiques et les moins favorisées, tout comme les rapports entre le centre des villes, la périphérie, les campagnes ou les rapports entre les régions et le niveau fédéral. Les subventions de péréquation horizontales permettent aux collectivités récipiendaires de réduire leur niveau de fiscalité, de manière à garder un fond alimentant et dynamisant l'économie régionale⁶⁷⁶. Dans le cas des subventions de péréquations, les sommes allouées doivent donc être inconditionnelles. Il n'existe pas, au sein des systèmes fédératifs, de forme fixe et unique de transferts de péréquation. La redistribution horizontale des ressources consiste en la mise en commun des ressources de plusieurs collectivités issues d'un même niveau dans un fonds propre et créé à cet effet, de manière à être redistribuées entre elles selon des critères déterminées par elles. Les transferts de péréquation horizontale doivent être distingués des transferts fédéraux de péréquation qui eux, sont des transferts créés et répartis par le pouvoir fédéral et donc verticaux. Il est possible de distinguer deux types de transferts fédéraux de péréquation. Le premier consiste en des versements inconditionnels de péréquation. Ce système est un système de péréquation générale, mis en place annuellement. Dans ce cas, seuls les États fédérés en sont bénéficiaires. Ce système a été mis en place au Canada à partir de 1957⁶⁷⁷. Il était organisé en fonction de la capacité fiscale des provinces et plus précisément en fonction du produit des impôts sur le revenu des particuliers, des sociétés, des droits de succession et des revenus perçus par l'exploitation des ressources naturelles. En 1973, il a englobé l'ensemble des revenus des provinces. Le principe de péréquation fut enfin inscrit dans la *Loi constitutionnelle de 1982* à l'article 36, permettant à chaque province d'assurer un niveau de bien-être égal dans chaque province⁶⁷⁸. Aux États-Unis, la loi sur

⁶⁷⁶ À cette conception première de la péréquation financière horizontale, il est possible de compléter en y voyant également une « *approche de la politique monétaire qui prévoit l'admissibilité d'une certaine fourchette pour l'inflation, et indique clairement que les taux d'intérêt seront ajustés de manière à s'assurer que l'inflation demeure dans la fourchette autorisée* » Glossaire, Raul Blindenbacher et Abigail Ostien Karos, *ibidem*.

⁶⁷⁷ Jean Anastopoulos, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1979, p. 294.

⁶⁷⁸ L'article 36 dispose : « *Sous réserve des compétences législatives du Parlement et des législatures et de leur droit de les exercer, le Parlement et les législatures, ainsi que les gouvernements fédéral et provinciaux, s'engagent à :*

- a) promouvoir l'égalité des chances de tous les Canadiens dans la recherche de leur bien-être;*
- b) favoriser le développement économique pour réduire l'inégalité des chances;*
- c) fournir à tous les Canadiens, à un niveau de qualité acceptable, les services publics essentiels ».*

l'assistance financière, adoptée en 1972, permet des transferts non-affectés (*Revenue Sharing Grants*), distribués selon une logique de péréquation.

Le second type consiste en la prise en compte des critères de péréquation lors de l'attribution de transferts conditionnels. Cela consiste à prendre en compte les « *besoins financiers* » (*Fiscal Need Transfers* ou *Expenditure Need Payments*), « *de capacité ou d'effort* » (taux moyen par habitant de capacité financière de la collectivité ou de l'État ou ensemble des revenus de l'État)⁶⁷⁹ et s'applique aux domaines de la santé, du bien-être social et de l'éducation. Aux États-Unis, la péréquation horizontale n'ayant jamais été une volonté fédérale ni une conséquence historique des organisations des États qui étaient indépendants du pouvoir fédéral à l'origine, la progressivité des taux de l'impôt fédéral sur le revenu a eu des conséquences sur la redistribution des ressources et sur la péréquation. Ainsi, les États les plus à l'aise financièrement contribuent à l'aide des États les plus pauvres⁶⁸⁰.

Au Brésil, la *Constitution fédérative de 1988* a mis en place de nouveaux fonds pour les États membres et les municipalités⁶⁸¹. Ces fonds de compensation ont pour but d'amoindrir les grandes disparités existant entre les États et par voie de conséquence, entre les villes. Les disparités se manifestent par des inégalités en terme de population, de dynamisme de l'économie locale ou de poids dans la représentation politique au niveau national. Ces inégalités sont renforcées par la concurrence fiscale qui défavorise les municipalités et les États les moins riches. Ces fonds de péréquation sont délivrés en direction des États mais également, directement en direction des municipalités. Le Fond fiscal de stabilisation permet au gouvernement fédéral de contrôler une partie des transferts de péréquation⁶⁸². Le Conseil national monétaire a également un poids important sur les transferts et après l'adoption de la loi sur la responsabilité fiscale, entrée en vigueur en juin 2000, de nouvelles mesures ont été prises. La loi a imposé des emprunts encore plus restreints et des contraintes de dépenses sur les États, y compris l'interdiction de refinancement de toutes les dettes accumulées par le gouvernement

⁶⁷⁹ Jean Anastopoulos, *idem*, p. 298.

⁶⁸⁰ James. A. Maxwell et J. Richard. Aronson, « Federal Grants and Fiscal Balance : The Instruments and the Goals », *Public Policy*, Spring 1972, p. 592.

⁶⁸¹ Wayne A. Selcher, « The Politics of Decentralized Federalism, National Diversification and Regionalism in Brazil », *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 1998, 40 :4, p. 45.

⁶⁸² Articles 159 et 161 de la *Constitution fédérative de 1988*. Voir Alfred P. Montero, « After Decentralization: Patterns of Intergovernmental Conflict in Argentina, Brazil, Spain, and Mexico », *Publius*, vol. 31, N° 4 (Autumn, 2001), p. 60.

fédéral. Le Conseil fait respecter ces limites par voie de retenue de transferts et un assortiment de sanctions pénales. Le système de péréquation au Brésil est donc largement organisé par des entités fédérales, que ce soit par le Conseil national monétaire, par le gouvernement fédéral ou par la loi, et relativement encadré.

La péréquation au sein des systèmes fédératifs que nous avons pris pour objet d'étude, si elle fait partie de la logique des systèmes, ne revêt néanmoins qu'un caractère relatif. En effet, la péréquation n'a pas pour but de conduire à une égalité parfaite entre les États membres d'une Fédération et de conduire à une égalité des ressources des collectivités, mais plutôt à réduire les inégalités les plus importantes. De plus, nous l'avons dit, le système de péréquation peut être perçu comme une violation des principes d'autonomie et de libre-administration des États, ce qui renforce son caractère subsidiaire. Aux États-Unis, par exemple, la part budgétaire des versements fédéraux au titre de la péréquation est infime. Ce n'est pourtant pas le cas au Canada qui consacre une part plus importante de son budget fédéral à la péréquation, comme c'est le cas au Brésil où plus de 40% de la moitié du produit de l'impôt sur le revenu et les profits de toute nature et de l'impôt sur les produits industrialisés revient aux fonds de participation des États et des municipalités⁶⁸³. Toutefois, ces fonds de péréquation ne sont qu'une « aide » relative aux États et aux collectivités locales qui ne représentent qu'une part minime de leurs budgets, en règle générale. Néanmoins, nous pouvons dire que les montants transférés sont très variables d'une Fédération à une autre. En accord avec Jean Anastopoulos⁶⁸⁴, nous pensons que pour avoir des conséquences sérieuses et efficaces, la péréquation financière doit faire l'objet d'une étude structurelle, c'est-à-dire être intégrée à un plan de développement à long terme. Elle doit être rapprochée des politiques économiques régionales pour avoir un effet sur les structures économiques des États membres. C'est d'ailleurs ce que préconisait le rapport Tindemans au Conseil européen sur « l'Union européenne »⁶⁸⁵.

⁶⁸³ Article 159 de la *Constitution fédérative de 1988*.

⁶⁸⁴ Jean Anastopoulos, *idem*, pp. 326-327.

⁶⁸⁵ Rapport de M. L. Tindemans au Conseil européen sur « l'Union européenne », *Bulletin des Communautés Européennes*, supplément 1/76, pp. 25 à 27.

2) Des techniques de coopération et de coordination variables

L'étude de l'organisation des pouvoirs financiers dans la recherche d'une définition du fédéralisme et de l'existence d'un *modèle fédératif*, nous conduisent à analyser, même de manière relative⁶⁸⁶, la coopération financière et la coordination. Au sein des systèmes fédératifs, la coopération est un principe qui se retrouve dans le domaine des finances publiques (a) et se combine parfaitement avec des politiques de coordination financière (b).

a) La coopération financière dans les systèmes fédératifs

K.C. Wheare considère que « *la coopération financière associe la puissance financière du gouvernement général au désir des régions de maintenir leur droit de légiférer dans les domaines qui leur sont propres selon la Constitution* »⁶⁸⁷. La coopération financière est un élément fondamental du fédéralisme et permet d'améliorer la création et l'entretien des services publics par une programmation des financements et des moyens. Elle se réalise par des concertations permanentes ou temporaires selon une procédure de négociation qui se matérialise par des accords solennels ou informels. La coopération va donc permettre une meilleure efficacité des politiques financières par une coordination des institutions qui organiseront une redistribution verticale et horizontale des ressources et une péréquation de la capacité des différentes entités (fédérale, fédérées et locales). Concrètement, la coopération intergouvernementale implique une participation mutuelle aux dépenses de programmes communs de toutes les entités concernées dans la Fédération.

b) L'harmonisation et la coordination des politiques financières, éléments caractéristiques de la logique fédérative : les exemples du Canada et des États-Unis

La coordination des politiques financières et fiscales est un élément symptomatique de la logique fédérative et il est remarquable dans le système canadien et dans une moindre mesure, étasunien. Elle est beaucoup moins présente dans la Fédération brésilienne. C'est la raison pour laquelle nous avons décidé de l'exclure de notre analyse.

⁶⁸⁶ La coopération sera plus précisément analysée dans le chapitre premier du titre second de la seconde partie.

⁶⁸⁷ K.C. Wheare, *Federal Government*, 4^{ème} éd., London, Oxford University Press, 1963, p. 243.

Selon Claude Limelin, l'harmonisation ne permet pas simplement de faciliter le commerce et les échanges, mais aussi les objectifs régionaux de développement et de distribution⁶⁸⁸. Douglas Dosser a montré par une comparaison internationale que l'harmonisation fiscale est surtout économique et se concentre sur une notion d'efficacité, liée à une coordination horizontale. Alors que le fédéralisme fiscal est surtout politique et se concentre davantage sur l'équité, dans le sens d'une coordination verticale⁶⁸⁹. Pour Richard Bird, la procédure fiscale est un aspect primordial du fédéralisme. La procédure fiscale est la façon dont le système fiscal est organisé et modifié par les institutions⁶⁹⁰. Il convient de différencier deux types de déséquilibres : le déséquilibre fiscal vertical et le déséquilibre fiscal horizontal. Le premier concerne les différences entre les dépenses et les recettes à chaque niveau de gouvernement, alors que le second se rapporte à la différence entre les dépenses et les recettes à l'intérieur d'un niveau de gouvernement particulier. La coordination se réalise notamment par le biais de négociations entre l'entité fédérale et les entités fédérées. Le gouvernement fédéral a toutefois un poids et un rôle plus important que les États membres. En effet, celui-ci est le garant de l'intérêt de l'ensemble de la collectivité et a la responsabilité d'assurer la stabilité économique du pays⁶⁹¹. De même, il peut parfois avoir une véritable influence sur la politique budgétaire des États membres, soit de manière indirecte par les effets des décisions fédérales sur les budgets des États membres, soit directement par une réelle influence sur l'organisation du budget. Jean Anastopoulos parle alors de « *coordination hiérarchique* »⁶⁹². Cela remet donc une nouvelle fois en cause le principe d'autonomie et de libre-administration des collectivités fédérées.

Deux types de coordination peuvent être relevés. Une coordination concertée ou une coordination hiérarchique, pour laquelle l'entité fédérale aurait un rôle déterminant.

⁶⁸⁸ « *Economic Union may require that mobility be maximized, but political union makes it necessary to constrain actual factor movements. It is to a large extent through fiscal harmonization that federal states seek to resolve this contradiction* », Claude Lemelin, « Dimensions of Fiscal Harmonization in Canada », in William J. Milne, *The Regional Economy of Canada*, Toronto, University of Toronto, Institute for Policy Analysis, 1983, p. 51.

⁶⁸⁹ Douglas Dosser, « Economic Analysis of Fiscal Harmonization », in Carl S. Shoup, *Fiscal Harmonization in Common Markets*, vol.1, N-Y, Columbia University Press, 1967, pp. 1-144.

⁶⁹⁰ « *It is, I contend, the inherently different nature of the fiscal process owing to the existence of partly independent (albeit interdependent) orders of government that is the true hallmark of a federal state – much more so than either any quantitative measure of centralisation, imbalance, or equalization, or the existence of any particular variety of tax assignment, tax harmonization, or fiscal transfert* » Richard M. Bird, *Federal Finance in Comparative Perspective*, Canadian Tax Foundation, Toronto, 1986, p. 231.

⁶⁹¹ Voir R. Dehem, *Planification économique et fédéralisme*, Genève, Librairie Droz, 1968, pp. 146 à 148.

⁶⁹² Jean Anastopoulos, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1979, p. 343.

La coordination concertée a pu avoir lieu au Canada. Elle passe par des réunions intergouvernementales qui mettent en place des planifications par accords financiers. Ces réunions intergouvernementales sont des rencontres entre le niveau fédéral et les provinces. Toutefois, les résultats n'ont pas été positifs, tout comme aux États-Unis où la directive PPBS⁶⁹³ de 1965 a établi une planification financière faisant intervenir les collectivités locales, les États et le gouvernement fédéral ensemble dans un certain nombre de domaines, subventionnée par une large part par le gouvernement fédéral. Ensuite, la coordination hiérarchique ne conduit qu'à des décisions prises par l'instance fédérale, malgré les consultations des collectivités, sans grande importance ni grande influence.

La coordination des politiques financières a conduit à une harmonisation des législations fiscales, qui a été opérée d'un point de vue vertical, mais aussi horizontal. L'harmonisation fiscale verticale a consisté à harmoniser un certain nombre d'impôts fédérés et fédéraux de même nature ; elle passe par un désengagement partiel et mesuré de l'entité fédérale dans les recettes locales et fédérées, de manière à ce que l'imposition régionale et locale puissent remplacer les participations fédérales sans grande distorsion. L'harmonisation se réalise alors notamment par un crédit d'impôt ou un abattement fiscal. C'est ce qui s'est passé aux États-Unis à partir des années trente et au Canada depuis 1962⁶⁹⁴. Par contre, lorsque le gouvernement fédéral n'a qu'une influence relative, voire nulle dans la coordination des instruments fiscaux au sein de la Fédération, l'harmonisation se fait de manière horizontale, c'est-à-dire par les États membres, eux-mêmes. Cela a été le cas au Canada pour l'impôt sur le revenu des personnes physiques. La coordination fiscale nécessite une coordination des institutions, surtout au niveau des institutions fédérales et fédérées, comme cela a été le cas au Canada par le biais de conférences faisant participer les Premiers ministres des provinces et le Premier ministre fédéral. À l'issue de ces conférences, des accords intergouvernementaux sont conclus et doivent être approuvés par le Parlement fédéral et les Assemblées législatives des provinces. Aux États-Unis, les accords ont été réalisés par l'Exécutif, lors de la signature de programmes de subventions conditionnelles. Il ne faut néanmoins pas exclure le rôle du pouvoir législatif qui participait à ces accords par l'intermédiaire de sous-comités de

⁶⁹³ « Planning, Programming, and Budgeting System »

⁶⁹⁴ Jean Anastopoulos, *idem*, p. 379.

la Chambre des représentants et du Sénat. Aux États-Unis, La Commission consultative sur les relations intergouvernementales (Advisory Commission on Intergovernmental Relations) a été créée en septembre 1959. Elle est indépendante et compétente pour organiser les rapports entre les représentants fédéraux, étatiques ou locaux en vue de trouver des solutions à des problèmes communs. Elle sert aussi à faciliter la coordination des programmes d'aides ou leur contrôle. La Commission a aussi une fonction d'assistance et de conseil aux pouvoirs législatifs et exécutifs fédéraux pour évaluer les conséquences d'une future mesure ou trouver des solutions à des problèmes avec des partenaires de l'ordre fédéral. Dans cette fonction de conseil, la Commission consultative des relations intergouvernementales délivre également des avis sur la meilleure distribution de fonctions, de compétences ou financière des ordres de gouvernements ou bien, des avis pour simplifier et coordonner les lois fiscales et les pratiques administratives de manière à réduire la compétition intergouvernementale⁶⁹⁵.

⁶⁹⁵ Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *Federalism in America*, Wesport, Connecticut, Greenwood Press, 2006, pp. 11 et 12.

CONCLUSION

Un *modèle* et encore moins un cadre précis ne pourraient être dressés concernant un fédéralisme financier et fiscal. S'il est entendu que les règles financières et fiscales sont généralement prévues dans le texte constitutionnel des Fédérations étasunienne, canadienne et brésilienne, il est manifeste que ces règles ne sont plus totalement respectées aujourd'hui. Une évolution est claire dans l'organisation des compétences financières et fiscales des entités fédérale et fédérées, même lorsque le texte constitutionnel n'a pas été modifié ou lorsque la situation actuelle va à l'encontre de principes essentiels de la logique fédérative, comme le principe d'autonomie.

De plus, si une tendance à la centralisation ne peut être contestée dans les trois Fédérations, celle-ci s'est construite selon des causes et par des voies très différentes, notamment conjoncturelles et politiques. Cela ne peut donc être lié à un *modèle* qui, lui, s'inscrit dans une perspective structurelle. La question de la maîtrise des ressources suit donc une même tendance qui consiste à voir les pouvoirs de l'entité fédérale se multiplier et se renforcer au détriment du pouvoir des entités fédérées (que ce soit au niveau étatique ou local), mais les moyens et les conditions de ce renforcement des compétences fédérales varient selon les Fédérations.

Enfin, concernant la question de la maîtrise des dépenses qui est fortement liée à la question de la maîtrise des ressources, le pouvoir de dépenser suit une évolution similaire. Les États membres, qui notamment aux États-Unis, jouissaient d'une reconnaissance importante du principe d'autonomie financière et donc du pouvoir de dépenser, se sont vus retirer une partie de leurs pouvoirs au profit de l'entité fédérale. Pour autant, les conditions de cette évolution sont distinctes selon le cas étasunien, canadien ou brésilien. Pour pallier quelque peu la dégradation des pouvoirs des États membres, des techniques hétérogènes ont été mises en place comme des techniques de péréquation ou bien des techniques de coopération, voire de coordination.

Si des tendances sont identifiables dans les trois Fédérations américaines, comme c'est le cas de la centralisation des pouvoirs financiers, elles ne se rapportent pas au fédéralisme en tant que tel. Ces tendances sont liées à l'ouverture des pays à la mondialisation qui pose de grandes difficultés à coordonner des règles locales et étatiques en plus de règles internationales.

Pour apporter un élément de réponse à notre problématique, il convient d'indiquer que l'organisation financière au sein des Fédérations représente un élément essentiel dans la **définition** du fédéralisme. Elle est l'instrument qui permet de mettre en place les décisions adoptées par les pouvoirs législatifs et exécutifs et donc de pouvoir respecter le principe d'autonomie. Ainsi, au lieu de chercher à identifier un *modèle* qui ressortirait des trois Fédérations américaines – ce qui ne semble pas pouvoir être le cas – il paraît plus juste de voir l'organisation des finances publiques comme un *outil* qui se retrouverait dans chaque Fédération et qui serait adapté aux conditions politiques, économiques et sociales.

CHAPITRE SECOND

LA SUBSIDIARITÉ ET LE FÉDÉRALISME : RECONNAISSANCE ET CHAMPS D'INTERVENTION DIFFÉRENTS

Pour le travail qui est le nôtre dans cette thèse sur la recherche d'une **définition** et d'une grille de lecture du fédéralisme, il paraît essentiel de s'arrêter sur la notion de subsidiarité. Cette notion semble faire partie de la logique fédérative et doit donc être analysée en tant qu'élément essentiel du fédéralisme. Elle est la conséquence de la répartition des compétences et agit comme un principe répartiteur.

La notion de subsidiarité est une notion centrale dans l'analyse du concept de fédéralisme. Elle sous-tend des idées liées à la logique fédérative comme la suppléance ou le secours. La subsidiarité se retrouve également sous la forme d'un principe qui, lui, se rapporte à la distribution de compétences et à la gestion des problèmes liés à cette répartition. Les entités qui composent la Fédération sont autonomes les unes des autres dans leurs champs de compétences propres mais nous avons vu que les cloisonnements n'étaient pas si étanches et que les échanges existaient. C'est notamment le cas lorsqu'une collectivité ne peut agir seule et qu'elle nécessite l'appui ou l'aide de la collectivité supérieure, généralement l'instance fédérale. La subsidiarité se retrouve donc à la fois à la base de la Fédération, lorsque le partage des compétences est établi, mais également tout au long de l'existence de la Fédération dans le cadre de la gestion des relations entre les entités fédératives (ou collectivités). Dans le cadre de notre étude, il paraît donc primordial de consacrer une partie de notre travail à la compréhension de cette notion ainsi qu'à sa perception et sa mise en œuvre dans les trois Fédérations analysées dans ce travail, afin de savoir si un *modèle* de la subsidiarité peut être identifié et faire partie d'un *modèle fédératif*. Cette compréhension est d'autant plus importante qu'il convient de cerner la différence entre la notion de subsidiarité et le principe de subsidiarité. Le principe de subsidiarité se rapporte à l'application et l'aménagement de la répartition des compétences, alors que la notion désigne généralement le secours, l'aide et la suppléance, mais peut avoir des significations sensiblement différentes, comme nous le verrons tout au long des développements de ce chapitre.

Les recherches en cours montrent sans conteste l'existence de différentes conceptions de la notion de subsidiarité et de multiples et variables applications de son principe. Ainsi, nous verrons que pour le Canada, les États-Unis et le Brésil, sa signification et ses applications diffèrent substantiellement. Nous consacrerons également une partie de nos développements à la conception européenne de la subsidiarité qui s'intègre tout autant à une application et une conception propre de la forme fédérative. Cette conception paraît importante à analyser pour deux raisons. D'abord car la conception européenne de la subsidiarité est la conception admise par la doctrine française et que lorsque cette dernière envisage la subsidiarité, elle se focalise principalement sur la conception et l'application européennes. Celles-ci se différenciant des conceptions et des applications américaines des trois Fédérations étudiées dans ce travail, la comparaison de ces quatre visions recouvre un intérêt scientifique indéniable. Ensuite, car la subsidiarité faisant l'objet de conceptions et d'applications variables dans ces quatre ensembles, nous tenterons de montrer que la subsidiarité peut être vue comme un *outil fédératif* et non pas comme un élément immuable faisant partie d'un *modèle fédératif*.

Dans ce chapitre, il semble intéressant de montrer qu'il existe des définitions hétéroclites de la notion de subsidiarité (**section 1**) et qu'il en résulte des conceptions dans chaque Fédération et des mises en œuvre diversifiées (**section 2**) permettant de qualifier la subsidiarité d'*outil fédératif*.

Section 1 Les définitions hétéroclites de la notion de subsidiarité

La notion de subsidiarité recouvre une signification complexe du fait d'une part, de son évolution dans le temps et d'autre part, des multiples liens qui ont été établis avec d'autres notions, comme celle d'autonomie ou de solidarité. Pour saisir la complexité de cette notion, il paraît intéressant d'étudier ses différentes acceptions, d'abord d'un point de vue historique en étudiant son évolution depuis sa théorisation par Althusius (§1), puis en analysant sa conception contemporaine et les significations variables qu'on lui prête (§2).

§1 L'origine de la subsidiarité

Cette notion va être théorisée et précisée à partir du XVI^{ème} siècle avec Althusius, dans sa théorisation du fédéralisme. Si son origine remonte à des temps plus anciens, l'idée qui ressort de la subsidiarité est complexe du fait de ses origines sémantique, étymologique

et philosophique (A). Cependant sa conception *moderne* rapprochera son acception à la notion de solidarité (B).

A) La signification « *classique* » de la subsidiarité : origines sémantique, étymologique et philosophique

Pour comprendre la notion de subsidiarité, il nous paraît nécessaire d'en identifier, dans un premier temps, les origines à la fois sémantique, étymologique et philosophique. Nous limiterons notre analyse des origines philosophiques de la subsidiarité aux pensées d'Aristote et de Thomas d'Aquin, qui ont, selon nous, dégagé ses caractères essentiels.

L'origine sémantique et étymologique du terme de subsidiarité provient du mot latin *subsidium*, qui signifie « *troupe de réserve* ». C'est l'idée de secours qui ressort de la notion de *subsidium*, mais également celle de suppléance puisque une autorité va apporter son secours et suppléer une instance en difficulté et dont les capacités ne permettent pas de combler un manque. Toutefois, un autre sens se dégage de la notion de subsidiarité, et signifie « *secondaire* ». Ainsi, dans ce sens, l'autorité⁶⁹⁶ ne trouve comme justification et comme nécessité que le besoin d'une instance inférieure. L'autorité n'a donc pas de finalité propre et n'existe que lorsqu'un besoin s'est fait sentir et qu'on juge nécessaire de le combler. Néanmoins, l'autorité n'est que seconde dans le sens où il serait tout à fait possible de s'en passer.

Pour tenter de bien cerner la signification de la notion de subsidiarité, il convient d'étudier les premières réflexions et recherches sur cette notion. Les travaux d'Aristote et de Thomas d'Aquin apportent, selon nous, d'importantes clefs pour sa compréhension.

On considère que la subsidiarité a des racines thomistes. Chantal Millon-Delsol analyse notamment les travaux de Thomas d'Aquin pour définir l'idée *originelle* à la base de la subsidiarité. Elle explique la philosophie de cette notion et écrit que « *la norme éthique [n'y]est [qu']un prolongement de l'être, et non un idéal abstrait à promouvoir dans un schéma volontariste* »⁶⁹⁷. Cela signifie que c'est en l'Homme qu'il faut aller trouver les valeurs à défendre, sans chercher au-delà de lui des valeurs idéales et extérieures à lui. Il est doté d'une intelligence qui le rend capable de déterminer le type

⁶⁹⁶ L'autorité doit être entendue ici comme une puissance supérieure, voir A du § 2, *infra*.

⁶⁹⁷ Chantal Millon-Delsol, *L'État subsidiaire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p. 12.

d'acte qu'il souhaite réaliser et les moyens pour les mettre en œuvre. Ces valeurs, qui sont celles de liberté, de prudence, de tempérance, de justice et d'égalité, ne sont nullement idéales, puisqu'elles s'adaptent aux différentes situations et conditions d'existence humaines, et ne sont aucunement fixées dans une acception théorique. Ce sont des valeurs « *en situation* ». C'est donc sur ces valeurs que doit se fonder la subsidiarité.

La philosophie de la subsidiarité, telle que perçue par Thomas d'Aquin, pour être bien comprise, doit être analysée dans le cadre sociétal qui existait à cette époque. La société lui apparaît comme un ensemble vivant et interdépendant, non comme une somme d'individus. Chacun a un rôle déterminé et ne peut empiéter sur le champ de l'autre. Jean-Louis Clergerie commente la pensée de Thomas d'Aquin en expliquant : « *la cité peut être comparée à une grande famille au sein de laquelle chacun serait invité à occuper une fonction bien précise [...] La vertu de justice veut donc que tout homme subordonne l'ensemble de ses actes au "Bien commun", auquel doivent être soumis tous les biens individuels* »⁶⁹⁸.

L'Homme est au centre et son rôle ne doit être choisi et déterminé que par celui-ci. Son autonomie en dépend et sa capacité à agir ainsi qu'à trouver sa place au sein de la société doivent venir d'un cheminement personnel et non d'une situation imposée par son environnement. La subsidiarité doit donc venir s'adapter et compléter la nature de l'Homme selon Thomas d'Aquin. Par ailleurs, Thomas d'Aquin considère que l'Homme (qu'il nomme « *personne* »), lorsqu'il agit, le fait dans un but précis. Ce but peut être envisagé de manière consciente ou non. L'Homme va se représenter la démarche qui lui permettra d'atteindre son but, s'interrogeant sur les moyens pour y arriver. Toutefois, l'Homme ne vivant pas isolément mais en société, chacun joue un rôle déterminé et ne doit pas empiéter sur celui des autres, ceci dans le but du « *Bien* »⁶⁹⁹. Les Hommes sont donc organisés en communautés qui limitent la puissance de l'État. À l'intérieur des communautés, les Hommes sont réunis en familles qui ont pour but de satisfaire aux besoins élémentaires. Chaque *sphère* (famille, communauté, État) doit laisser la sphère la

⁶⁹⁸ Jean-Louis Clergerie, *Le principe de subsidiarité*, Paris, Ellipses, 1997, p. 11.

⁶⁹⁹ Thomas d'Aquin, *La somme théologique*, II, Paris, Editions Rieder, 1929, Question XLVIII, articles 1 et 2 pp. 147 et 148.

plus proche de l'Homme et l'État ne pourra donc agir que dans les domaines où les autres sphères ne sont pas capables.

Pour comprendre le rôle supplétif joué par la subsidiarité et saisir l'action de suppléance qu'elle doit avoir, il faut se rappeler le rôle qu'a le pouvoir dans l'acception que lui donne Aristote.

En effet, dans la *Politique*⁷⁰⁰, Aristote définit le pouvoir comme la recherche d'un équilibre, d'une harmonie, permettant aux pluriels et aux divers de vivre ensemble, et non pas de créer une unité effaçant les différences pour les enfermer dans un cadre défini. La société agit par elle-même et le pouvoir politique ne doit donc pas s'immiscer dans ses affaires, sous peine de lui ôter son autonomie⁷⁰¹. Le pouvoir ne doit pas avoir d'autre influence sur l'Homme que de rééquilibrer une situation dans laquelle il ne peut agir par lui-même. Il ne doit venir que dans un second temps, dans un but d'aide. Avant Thomas d'Aquin, Aristote met en avant le rôle joué par chaque individu et la complémentarité de chacun dans la société. Les Hommes agissent pour le Bien selon leurs capacités, laissant les autres entités agir quand elles sont mieux placées.

La notion de subsidiarité fonde donc la protection de l'autonomie dans un contexte de justice sociale, tel que défini par Aristote et Thomas d'Aquin, dans lequel chaque individu garde une autonomie au sein d'une société lui laissant déterminer son rôle. D'un point de vue historique et évolutif, la subsidiarité est d'abord un principe d'organisation sociale qui va devenir un principe d'organisation politique. Aujourd'hui, l'idée de subsidiarité se rapporte davantage à l'État qu'aux instances sociales elles-mêmes.

B) L'évolution historique de la notion de subsidiarité

Après avoir vu succinctement les fondements et les origines de la notion de subsidiarité, il convient maintenant d'analyser l'évolution de la conception de la subsidiarité pour comprendre le (ou les) sens qu'elle peut avoir de nos jours, afin de savoir si un *modèle* de la subsidiarité peut être déterminé et participer à une définition du fédéralisme. Il ne s'agira pas ici de référencer toutes les formes de réflexion sur l'idée de subsidiarité, mais

⁷⁰⁰ Aristote, *La Politique*, Paris, Vrin, 1962.

⁷⁰¹ Rappelons que le mot autonomie vient du grec auto-nomos signifiant « *déterminant et appliquant ses propres lois* ».

d'avantage de rappeler les travaux les plus importants qui ont contribué à façonner cette idée qui se transformera au final en notion aux contours plus précis.

La notion de subsidiarité n'a connu qu'une légère évolution dans sa signification de la conception althusienne à la conception *moderne*, puisque d'un principe d'équilibre entre autonomie et solidarité (1), elle a recouvert ensuite l'idée de recherche de solidarité dans les structures sociales existantes (2).

1) La subsidiarité dans ses premières théorisations chez Althusius

Althusius va être à l'origine des premières réflexions élaborées sur la subsidiarité. Il va notamment rapprocher cette notion de l'autonomie et de la solidarité. Il convient, pour bien comprendre la pensée d'Althusius, de situer sa logique dans le contexte historique qui était le sien.

Il détient le poste de syndic de la ville d'Emden et souhaite défendre les intérêts de cette ville contre la puissance centralisatrice de l'État. Il va alors être porté à réfléchir sur le fédéralisme comme solution à la protection des communautés tout en les faisant coexister ensemble dans une entité plus grande qu'est l'État. Il conçoit dès lors le fédéralisme comme un équilibre structurel et social, organisé autour des principes de partage, d'échange et de justice sociale. Cet équilibre doit s'établir en fonction de ces principes, mais également des différents niveaux de pouvoir existants. Dans cette optique, les niveaux inférieurs comme les familles ou les associations doivent chercher à réaliser leurs intérêts particuliers, privés ou professionnels, tout en respectant le bien commun de la ville. Pour ce qui est des autres niveaux, les provinces gèrent les services publics et la police interne, la *consociation universelle*⁷⁰² lève les impôts et le *commonwealth*⁷⁰³ s'occupe de la sécurité extérieure sans interférer dans les domaines de compétence des autres instances. Pour réfléchir sur la notion de subsidiarité, Althusius s'inspire d'Aristote et de la cité grecque, qui va lui servir de modèle.

En 1571, le synode de l'église d'Emden passa une résolution selon laquelle il ne devait exister aucune hiérarchie entre les paroisses et donc qu'aucune ne devait avoir de prééminence sur l'autre⁷⁰⁴. De plus, était précisé que les synodes provinciaux ou généraux

⁷⁰² Cela désigne le peuple réuni en un corps. Voir la première section du premier chapitre du titre premier de la première partie.

⁷⁰³ Pour la définition de ce terme, voir le chapitre premier du titre premier de la première partie.

⁷⁰⁴ Thomas O. Hueglin, *Early Modern Concepts for a Late Modern World*, Waterloo, Wilfrid Laurier University Press, 1999, p. 152.

ne pouvaient décider sur des matières relevant du niveau local et sur lesquelles ce même niveau n'avait pas encore statué. C'est donc à partir de ces éléments d'autonomie, de délimitation des compétences, de non-intervention dans un champ propre à une autre entité et de non hiérarchie que va se construire la subsidiarité, car elle servira à organiser des connexions entre les domaines et les entités, tout en maintenant leur autonomie.

Comme le montre Thomas Hueglin, la définition de la subsidiarité n'a pas changé et reste la même aujourd'hui⁷⁰⁵. C'est seulement le terme qui a changé, puisqu'à l'époque, Althusius n'employait pas ce mot de « *subsidiarité* », qui n'a pris le sens qu'on lui connaît à notre époque qu'au XIX^{ème} siècle. Althusius emploie le terme de *subsidia vitae*, c'est-à-dire un *besoin de la vie* qui ne peut être permis que par le partage et l'entraide. Ainsi, l'idée de subsidiarité est bien plus ancienne que sa conception *moderne* et contemporaine, se définissant comme une division hiérarchisée du pouvoir à plusieurs niveaux. La subsidiarité telle qu'entendue par le juriste allemand ne se réduit pas à un caractère de la solidarité, mais à une relation de tension et d'équilibre entre l'autonomie et la solidarité elle-même, sur plusieurs niveaux de pouvoir. Ainsi pour Althusius, la subsidiarité n'est pas une règle de séparation et de division constitutionnelle des pouvoirs, mais plutôt un principe donnant la compétence à l'autorité la plus appropriée.

La subsidiarité, en tant que principe laissant la compétence à une autorité, va avoir d'autres conséquences. Elle va ainsi être vue comme un droit de veto. Dans cette optique, ce qui concerne la communauté doit recevoir l'approbation des membres de cette communauté et si un individu se sent personnellement touché, il peut opposer son veto à toute décision.

Pourtant, cette conception de la subsidiarité va évoluer et passer du sens dit « *négatif* » vers un sens « *positif* »⁷⁰⁶, selon lequel le consentement ne doit pas uniquement protéger les intérêts particuliers, mais doit aussi permettre la reconnaissance des obligations de chacun pour que la paix, l'ordre et l'unité soient maintenus⁷⁰⁷. C'est bien cela qui doit guider la communauté : l'« *autonomie* »⁷⁰⁸ et l'auto-suffisance. Il

⁷⁰⁵ Thomas Hueglin, *ibidem*.

⁷⁰⁶ Voir le paragraphe 2 de la section 1.

⁷⁰⁷ Johannes Althusius, *Politica methodice digesta*, ed. Frederick S. Carney, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 1995, chap. XXXI § 1 à 8

⁷⁰⁸ Johannes Althusius, *op. cit.*, chap. XXIX § 1

rejoint ici Thomas d'Aquin pour qui la subsidiarité implique l'autonomie et pour qui les communautés de base ne doivent être aidées par celles de niveau supérieur qu'en cas de défaillance et donc à titre subsidiaire.

Cette conception de la subsidiarité va amener Althusius, selon Thomas Hueglin, à modifier l'organisation des pouvoirs⁷⁰⁹, notamment en ce qui concerne la division verticale de ceux-ci. Cette modification touche d'abord le point de vue spatial, puisqu'il va étendre la conception de l'organisation fédérative, en voyant dorénavant quatre niveaux de gouvernement : le local, le provincial, l'universel et l'international⁷¹⁰.

Elle touche aussi le point de vue social en incluant au sein du premier niveau social concerné, les associations et les établissements professionnels. Ces nouvelles structures sociales ont pour Althusius le même rôle que les familles en ce qui concerne la participation dans la vie politique de la communauté.

L'apport d'Althusius réside notamment dans sa vision de l'État. Althusius va avoir une vision de l'État totalement inversée puisqu'il développe son point de vue à partir de la base. Partant du niveau inférieur, il va construire la vision de sa société sous la forme d'une pyramide. Comme tout bon architecte et constructeur le sait, l'essentiel se trouve à la base. Ainsi, chacun des trois échelons que sont la base, avec les communautés naturelles, simples ou privées, l'échelon intermédiaire avec les communautés mixtes publiques et enfin le sommet, représentant la communauté symbiotique (ou universelle) et réunissant l'ensemble des communautés naturelles et mixtes, deux types d'organes vont coexister. Les premiers organes représentent les communautés inférieures et possèdent l'essentiel du pouvoir, et les seconds représentent le niveau supérieur et n'ont que des pouvoirs limités. L'État qu'Althusius préconise se compose de plusieurs communautés. Ces communautés sont liées dans un État « *corporatif* »⁷¹¹ qui trouve son équilibre dans la complémentarité des deux niveaux, par le principe de subsidiarité. Chaque communauté est autonome et le peuple détient la souveraineté. Chacune agit dans le cadre de ses pouvoirs déterminés et l'État n'a donc qu'un rôle réduit et encadré. Il ne peut agir que dans les domaines où il serait davantage efficace que les communautés,

⁷⁰⁹ Thomas Hueglin, *ibidem*.

⁷¹⁰ Voir chapitre premier, du titre premier, de la première partie.

⁷¹¹ Johannes Althusius, *idem*, chap. I et IX.

c'est-à-dire la défense, la monnaie ou la diplomatie. Dans les domaines appartenant aux communautés, il ne pourra agir que pour apporter un soutien ou pallier une défaillance. C'est donc bien l'idée de subsidiarité qui existe là.

2) L'origine de la conception moderne de la subsidiarité

Les premières réflexions vont avoir une grande influence sur l'évolution de la notion de subsidiarité jusqu'à aujourd'hui et donc sur la conception *moderne*.

Althusius va avoir une influence sur un certain nombre de penseurs et théoriciens du XVII^{ème} au XIX^{ème} siècles. Deux hommes, en particulier, développeront des idées proches de la subsidiarité et permettront d'alimenter cette notion de nouvelles applications pour former la conception si riche que nous connaissons aujourd'hui. L'influence de l'Eglise ne peut être écartée de cette analyse car elle permettra d'asseoir sur un autre terrain, les idées d'autonomie et d'aide.

Le premier des penseurs chez qui on pourra saisir une touche de cette conception althusienne de la subsidiarité est Thomas Hobbes⁷¹². Les Hommes, pour sortir de l'état de nature, s'unissent dans le but de trouver la paix. Ils renoncent par cette union à leur indépendance en créant l'État, qu'il nomme Léviathan et qui a pour mission de remplir un certain nombre de buts, de façon à permettre aux individus de vivre dans des conditions favorables. L'État est une entité distincte des individus qui le composent et seul le Prince détient la souveraineté. Le système créé par Hobbes, repose donc sur le contrat par lequel chaque individu transfère volontairement son indépendance à l'État qui ne peut justifier son action qu'en réalisant les missions pour lesquelles il a été instauré, c'est-à-dire la « *sûreté du peuple* »⁷¹³. Toutefois, si les individus décident que le souverain ne remplit pas les obligations pour lesquelles il a été créé, ils peuvent décider de reprendre leur indépendance, destituant ainsi le souverain. Les individus et l'État ont des champs de compétences distincts et l'État agit dans des domaines pour lesquels les individus sont incapables d'agir seuls. La subsidiarité est donc bien présente dans cette vision hobbesienne. L'État aura un rôle de suppléance en cas d'incapacité des individus.

⁷¹² Thomas Hobbes, *Léviathan*, Paris, Sirey, 1971, 780 p.

⁷¹³ Thomas Hobbes, *op. cit.*, p. 357.

Il aura pour rôle de subvenir aux difficultés rencontrées par les individus lorsque ceux-ci n'auront pas les moyens ou les capacités de régler un problème.

Le deuxième penseur chez qui il est possible de trouver des traces de la subsidiarité est John Locke⁷¹⁴. Pour lui, les individus vont s'unir pour créer le pacte social et faire apparaître le « *gouvernement civil* », chargé de garantir la liberté politique. Celle-ci se caractérise comme le bien être de chaque individu et la protection de ses droits essentiels. Néanmoins, le « *gouvernement civil* » ne doit pas empiéter sur les compétences des collectivités, sauf en cas de besoin et pour leur apporter une aide. Ici aussi, le caractère détaché mais capable d'intervenir est bien présent. Il représente une des caractéristiques fondamentales de la subsidiarité selon laquelle l'entité supérieure n'agira que dans un second temps, lorsque la collectivité la plus directement concernée ne sera pas en capacité d'agir.

La conception contemporaine de la subsidiarité pourrait enfin trouver sa source dans l'encyclique papale de 1931 *Quadragesimo Anno*⁷¹⁵ du *Rerum Novarum* qui en donne la définition suivante : « *On ne saurait ni changer ni ébranler ce principe si grave de philosophie sociale : de même qu'on ne peut enlever aux particuliers, pour les transférer à la communauté, les attributions dont ils sont capables de s'acquitter de leur seule initiative et par leurs propres moyens, ainsi ce serait commettre une injustice, en même temps que troubler d'une manière très dommageable l'ordre social, que de retirer aux groupements d'ordre inférieur, pour les confier à une collectivité plus vaste et d'un rang plus élevé, les fonctions qu'ils sont en mesure de remplir eux-mêmes. L'objet naturel de toute intervention en matière sociale est d'aider les membres du corps social, et non pas de les détruire, ni de les absorber* »⁷¹⁶.

Le texte préconise également que « *l'autorité publique* » ne garde sous sa directe compétence que les affaires de rang supérieur pour laisser aux groupements (de rang inférieur) le pouvoir d'agir sur les affaires de rang inférieur. Chacun pourra ainsi agir de manière plus efficace et plus libre. La collectivité de rang supérieur aura un rôle supplétif

⁷¹⁴ John Locke, *Traité du gouvernement civil*, 2^{ème} éd., Paris, Flammarion, 1999, 381 p.

⁷¹⁵ « *Quadragesimo Anno* », *Actes de Sa Sainteté Pie XI*, tome 7, Paris, Maison de la Bonne Presse, 1931.

⁷¹⁶ *Encycliques pontificales*, 1931, cité par Alain Delcamp, « Droit constitutionnel et droit administratif, principe de subsidiarité et décentralisation », *Revue française de droit constitutionnel*, 1995, n° 23, p. 614.

lorsque la collectivité compétente ne sera pas en mesure d'agir. Dans cette encyclique, le Pape Pie XI critique l'organisation sociale de la société. Selon lui, elle souffre d'un trop grand déséquilibre : il existe de multiples groupes dans la société, mais seulement deux institutions sociales que sont les institutions individuelles et l'État. L'État est entendu ici comme autorité et pouvoir et non comme véritable personne publique. D'un point de vue pratique, cela se caractérise par l'existence de deux institutions : les travailleurs et les entreprises. Il constate par là une paupérisation de la pluralité sociale, et voit l'introduction du principe de subsidiarité comme un moyen de défense des structures sociales se situant à un niveau intermédiaire entre les institutions individuelles et les institutions d'autorité⁷¹⁷.

La subsidiarité peut ici être entendue comme un moyen de lier les structures sociales existantes tout en introduisant une certaine solidarité chrétienne. Chaque collectivité doit avoir seule la compétence d'agir dans les domaines qui lui sont attribués, mais lorsque celle-ci ne pourra pas le faire, il reviendra à la communauté supérieure de la suppléer. La subsidiarité est vue comme un moyen de défense des compétences de chacun et l'intervention d'une autre entité ne doit pouvoir se faire qu'en cas de besoin.

Ce premier paragraphe aura eu pour intérêt de poser les bases de la notion de souveraineté à travers les réflexions et les travaux de penseurs de l'Antiquité au XX^{ème} siècle. S'il semble que la notion de subsidiarité en tant que telle n'existait pas jusqu'au XX^{ème} siècle, c'est à travers ces différentes réflexions qu'elle va se construire telle que nous la connaissons aujourd'hui. La subsidiarité s'est d'abord construite sur l'idée de suppléance du pouvoir (assimilé à la Puissance publique de l'État aujourd'hui) avec Aristote. Si les différentes communautés avaient des compétences propres et jouissaient d'une autonomie, elles existaient à l'intérieur d'un ensemble plus grand. Thomas d'Aquin a mis en avant cette idée. L'État ne devait agir que dans un second temps, c'est-à-dire lorsque l'entité la plus proche et directement concernée par le problème, était en incapacité d'agir. Hobbes et Locke ont notamment souligné cet aspect. Les travaux d'Althusius ont ensuite ajouté à cela l'idée d'entraide et de partage consistant à considérer que les différentes collectivités, si elles avaient une compétence propre et autonome sur certains domaines de la vie, coexistaient à l'intérieur d'une communauté

⁷¹⁷ Ces structures sociales intermédiaires sont la famille, les associations de travailleurs ou les établissements professionnels.

plus grande dans laquelle les relations intercommunautaires sont essentielles. Il existe donc des liens entre les communautés, et les communautés supérieures doivent aider les communautés inférieures lorsque ces dernières sont en incapacité de le faire. C'est à partir de cela que la notion de subsidiarité va se construire. Toutefois, nous allons voir qu'il n'existe pas de conception unique de la subsidiarité aujourd'hui, c'est-à-dire de *modèle*, du fait notamment, de l'influence des différents travaux et apports du passé.

§ 2 Définitions contemporaines de la subsidiarité

L'étude de l'origine et de la construction évolutive de la notion de subsidiarité dans le paragraphe précédent a permis de comprendre plus précisément et dans une plus grande mesure la conception et la définition de la subsidiarité aujourd'hui. Pourtant, il convient de mettre le pluriel aux termes « *définitions* » et « *conceptions* » puisque nous allons voir que la subsidiarité recouvre plusieurs sens aujourd'hui.

La variabilité des sens donnés à la notion de subsidiarité depuis son origine pose un véritable problème conceptuel pour ce qui est de lui accorder une définition unique et précise. Il semble tout autant compliqué de cerner une définition contemporaine de la subsidiarité puisque cette notion recouvre de multiples sens. En effet, si une définition ne peut être arrêtée concernant la subsidiarité dans une perspective internationale, cela résulte du fait que la subsidiarité est perçue différemment selon les pays. À cela s'ajoute le fait que la subsidiarité repose sur des éléments variables comme l'idée de suppléance, d'aide, mais également de secondarité ou d'autonomie. Chaque conception met en avant un aspect, une caractéristique par rapport à une autre. Il s'agira de tenter ici, non pas de trouver une définition précise, mais de tracer les contours d'une définition de la subsidiarité pour voir si un *modèle* peut être dégagé.

Il ressort d'abord de la conception contemporaine de la subsidiarité une complexité du concept du fait des multiples notions qu'elle sous-tend que sont l'autorité, le secours et la suppléance (A). Il en ressort ensuite que cette notion de subsidiarité se rapproche également de celle d'autonomie (B), même si elle peut recevoir de multiples qualifications (C).

A) La définition complexe de la subsidiarité

Pour tenter de comprendre la notion de subsidiarité, telle que nous l'entendons aujourd'hui, il paraît bon de s'arrêter dans un premier temps sur la différence entre le principe de subsidiarité et la notion de subsidiarité. Cette notion doit ensuite être

rapprochée des notions d'autorité, de suppléance et de secours pour montrer qu'elles ne sont à la fois ni similaires, ni complémentaires.

Guy Héraud définit la subsidiarité de la manière suivante : « *la multitude des collectivités est une pluralité ordonnée. Les collectivités de chaque type, selon leur extension territoriale et humaine, s'étagent en ensembles structurés. Cet ordre suppose un principe répartiteur de compétences qui, assignant à chaque niveau et à chaque type de collectivités des tâches déterminées, prévient les conflits... Pour les fédéralistes, cette idée est la subsidiarité. Selon le principe de subsidiarité, la collectivité de base doit conserver toutes les compétences qu'elle est capable de gérer efficacement et sans nuire aux personnes et aux autres collectivités. Inversement, la collectivité de base, doit transférer à la collectivité dite supérieure les pouvoirs qu'elle n'est pas à même d'exercer convenablement ; ainsi la collectivité supérieure intervient, mais n'intervient qu'à titre subsidiaire* »⁷¹⁸.

De cette définition de la subsidiarité et du principe de subsidiarité, il ressort deux types de conséquences. D'abord, relativement à la définition du principe de subsidiarité, ce dernier est perçu comme un principe permettant de répartir et de séparer les compétences. Ainsi, chaque sphère de pouvoir – collectivités centrale et locales – a un domaine de compétence et d'action encadré, empêchant toute autre instance d'agir dans un champ qui ne sera pas le sien. Cette vision paraît donc concevoir le principe de subsidiarité comme un principe d'organisation des institutions et des pouvoirs. Ensuite, en ce qui concerne la définition de la subsidiarité, l'idée mise en évidence est celle du caractère accessoire, secondaire de l'action de l'instance supérieure, qui n'agira qu'en cas précis d'incapacité de la collectivité détenant la compétence d'action.

La notion de subsidiarité recouvre donc, selon cette vision de la subsidiarité, un sens répartiteur de compétence lorsqu'elle est entendue en tant que principe et un sens d'action secondaire lorsqu'elle est vue comme un substantif.

Pourtant, nous pensons avec Chantal Millon-Delsol que la subsidiarité va au-delà d'un principe d'organisation institutionnelle qui répartit les rapports entre la société et les institutions. Pour cette auteure, elle « *visé à dépasser l'alternative entre le libéralisme*

⁷¹⁸ Guy Héraud, *Les principes du fédéralisme et la fédération européenne*, Paris, Presses d'Europe, 1968, pp. 48-49.

classique et le socialisme centralisateur »⁷¹⁹. Il ressort de cette vision qu'une nouvelle idée sous-tend la subsidiarité, celle d'autorité. Cette autorité n'est pas seulement entendue comme l'autorité de l'État, c'est-à-dire de la puissance supérieure dans un système à plusieurs niveaux, mais bien comme l'autorité vue et entendue de manière générale. Ainsi, la subsidiarité ne se limite pas à l'autorité de l'État, mais bien à toute instance à quelque niveau que ce soit. Des sphères de compétences doivent donc être déterminées et aucun niveau de pouvoir ne doit interférer dans la sphère de compétence d'un autre niveau de pouvoir. L'autorité inférieure détient un champ de compétence qui lui est propre en étendue et en puissance.

La subsidiarité est donc entendue dans ce cas comme principe général. Elle s'applique aux rapports entre collectivités publiques et aux rapports entre les autorités publiques et la société civile. L'autorité publique ne va intervenir que pour obtenir le bien commun. Cela va donc ajouter une dimension à la subsidiarité qui ne sera plus vue simplement comme un principe agissant horizontalement entre les collectivités publiques, mais aussi verticalement, entre les collectivités publiques et la société.

Il convient d'ajouter enfin que la subsidiarité sous-tend également deux sens différents qui, a priori, ne sont ni similaires, ni complémentaires. Il ressort de cette notion de subsidiarité les idées de suppléance et de secours⁷²⁰. La suppléance implique le respect des libertés et le devoir de non-ingérence. Elle sous-tend l'idée de diversité et enferme le pouvoir dans des sphères de compétence prédéterminées. Chantal Millon-Delsol s'appuie sur la définition de Friedrich Hegel pour qui la notion de suppléance vise à permettre d'agir en cas de défaillance ou d'incapacité mais toujours avec comme finalité l'intérêt général⁷²¹. Le secours, quant à lui, suppose l'ingérence de l'autorité supérieure, de manière à assurer et maintenir une certaine « *unité sociale et pour aider à l'organisation de liens solidaires* »⁷²². Le secours place la notion de subsidiarité dans une idée de la société impliquant un projet commun et une justice sociale.

Il semble ainsi exister une certaine contradiction entre ces idées de suppléance et de secours qui parfois s'efface pour se transformer en cohabitation. Vlad Constantinesco

⁷¹⁹ Chantal Millon-Delsol, *L'État subsidiaire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p. 5.

⁷²⁰ Chantal Millon-Delsol, *op. cit.*, pp. 6 à 8.

⁷²¹ Friedrich Hegel, *La constitution de l'Allemagne*, Paris, Ed. du Champ Libre, 1974, cité par Chantal Delsol, *idem*, pp. 80-81.

⁷²² Chantal Delsol, *idem*, p. 8.

caractérise cette relation de « *réciproque et dialectique* »⁷²³ car selon lui, cette idée de secours va à l'encontre du pouvoir de substitution d'action.

Il existe donc une distinction entre subsidiarité et principe de subsidiarité. Le principe de subsidiarité se rapporte à une répartition des compétences selon les différentes entités ou communautés existantes dans un ensemble plus grand. La notion, quant à elle, recouvre des sens variables et différents. Elle sous-tend, tout à la fois, les idées de secondarité, de suppléance mais aussi de secours et d'autorité. Toutefois, nous allons voir que la notion de subsidiarité ne se limite pas à cela. Elle sous tend également l'idée d'autonomie.

B) L'étroite relation entre subsidiarité et autonomie

La subsidiarité est en étroite relation avec les notions d'autorité, de suppléance et de secours. Pour autant, elle est liée indéniablement à la question de l'autonomie, et notamment celle des collectivités de rang inférieur. Cela existait déjà dans les premiers éléments de définition et de construction de la subsidiarité. Cette idée d'autonomie fait encore partie de l'idée de subsidiarité aujourd'hui.

Nous l'avons vu précédemment, au sens de secondaire, la subsidiarité signifie que l'autorité supérieure n'agit que si l'autorité inférieure en est incapable. C'est donc une manifestation du principe de non-ingérence. Celui-ci est : « *d'abord un principe de limitation du pouvoir sans qu'il revête pour autant un caractère normatif. Plus qu'une norme qu'il définirait, le principe de subsidiarité indique une tendance. Il laisse ouvertes les conditions concrètes de son application et celles-ci peuvent donc varier suivant les circonstances de temps et de lieu* »⁷²⁴.

Il faut donc définir à la fois le bien commun et le moment d'action, c'est-à-dire les conditions d'intervention de l'autorité supérieure, et cela grâce, entre autres, aux principes de proportionnalité⁷²⁵ et de capacité⁷²⁶. Ce dernier doit servir à déterminer les

⁷²³ Vlad Constantinesco, « Le principe de subsidiarité ; un passage obligé vers l'Union européenne ? », *L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 39.

⁷²⁴ Alain Delcamp, « Droit constitutionnel et droit administratif, principe de subsidiarité et décentralisation », *Revue française de droit constitutionnel*, 1995, n°23, p. 621.

⁷²⁵ Guy Isaac et Marc Blanquet, *Droit communautaire général*, 8^{ème} éd., Paris, Armand Colin, 2001, p. 48 ; George A. Berman, « Taking Subsidiarity Seriously : Federalism in the European Community and the United States », *Columbia Law Review*, vol. 94, march 1994, n°2, pp. 377, 386 à 390, 401 et 437.

champs de compétence de chaque instance. Le principe de proportionnalité, quant à lui, permettra de légitimer l'intervention de l'instance supérieure par la définition de la nécessité et du besoin d'une intervention de sa part.

À côté de cette acception de la subsidiarité, existe également une autre dimension qui envisage le principe non pas comme un risque d'ingérence, mais comme une aide. Pour Alain Delcamp, le principe « *renvoie à une forme d'aide qui encourage et autorise l'autonomie* »⁷²⁷. Dans cette perspective-là, l'instance supérieure n'agit que lorsque l'instance inférieure a usé de tous les pouvoirs dont elle était titulaire et qu'elle ne peut résoudre la difficulté qui se présente qu'en demandant le soutien de l'autorité supérieure. Ainsi, le pouvoir central laisse une autonomie aux instances inférieures et n'agit qu'en dernier ressort. Envisagée comme cela, la subsidiarité n'est, selon les termes de Jacques Delors : « *pas seulement une limite à l'intervention d'une autorité supérieure vis-à-vis d'une personne ou d'une collectivité qui est en mesure d'agir elle-même, c'est aussi une obligation pour cette autorité d'agir vis-à-vis de cette personne ou de cette collectivité pour lui donner les moyens de s'accomplir* »⁷²⁸.

Apparaît donc un aspect essentiel du principe de subsidiarité : un lien indéniable avec le principe d'autonomie. Franck Dintilhac explique : « *si l'on pousse cette définition de la subsidiarité jusqu'au bout de sa logique, on constate le lien qu'il entretient avec les principes d'autonomie et de responsabilité des personnes citoyennes. En effet, puisque la subsidiarité implique que les décisions soient prises le plus près possible des citoyens, ces derniers doivent être en mesure, d'une part, dans certains cas, de participer aux actions d'intérêt général de proximité (y compris bien entendu à travers des entités publiques locales) et, d'autre part, d'apprécier le niveau adéquat des prises de décision* »⁷²⁹.

⁷²⁶ François Rocher et Christian Rouillard, « Décentralisation, subsidiarité et néo-libéralisme au Canada : lorsque l'arbre cache la forêt », *Canadian Public Policy*, vol.24, n°2, 1998, p. 242.

⁷²⁷ François Rocher et Christian Rouillard, *ibidem*.

⁷²⁸ Jacques Delors, « La subsidiarité – Principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires ? », *Subsidiarité : défi du changement* : Actes du colloque, Institut européen d'administration publique, Maastricht, 21 et 22 mars 1991, pp. 8 et 9.

⁷²⁹ Franck Dintilhac, « Subsidiarité », *Répertoire de droit communautaire*, Paris, Dalloz, 1999, p. 3.

On peut dès lors, suivant la proposition de Guy Héraud, substituer à la notion d'autonomie celle d'*exacte adéquation*, en vertu de laquelle chaque niveau de pouvoir doit disposer de compétences pour régler des questions qui peuvent être mieux résolues à son niveau, du fait soit de leur *nature*, soit de leurs *dimensions*. Ceci permet d'apporter une précision relative au champ d'application du principe de subsidiarité : celui-ci s'applique à la fois aux collectivités publiques et aux organismes privés.

Dans une perspective fédérative européenne, il vise à ce que l'État laisse une partie de ses responsabilités à la « *Fédération européenne* », aux régions, aux communes ou à des organismes privés⁷³⁰. Toutefois, lorsqu'un niveau ne détient pas les moyens nécessaires pour résoudre le problème qui se pose, il convient de mettre en commun les ressources et les capacités au niveau supérieur : c'est le rôle des processus d'adéquation.

La subsidiarité sous-tend donc la notion d'autonomie. Cela signifie que l'instance la plus proche doit pouvoir agir seule et avec ses propres moyens lorsqu'elle le peut. Elle ne doit se voir remplacée ou aidée par une instance supérieure que si elle est dans l'incapacité d'agir.

C) Les multiples qualifications et utilisations de la subsidiarité

À côté des significations diverses de la subsidiarité que nous venons de tenter de cerner, de nombreuses et variables qualifications lui sont données. Les énumérer et les expliquer permettra de saisir davantage les multiples utilisations qui en sont faites.

Aujourd'hui, la grande distinction entre le devoir d'ingérence du fait de la reconnaissance du principe de secours et le devoir de non-ingérence impliqué par le principe de suppléance a été lexicalement traduite par les expressions de subsidiarité dite « *positive* » et de subsidiarité dite « *négative* ». La première consiste à reconnaître une obligation pour l'instance supérieure d'agir en cas de carence de l'autorité inférieure : c'est le devoir de secours qui fonde la subsidiarité positive. La seconde a pour but de limiter l'intervention de l'instance supérieure pour laisser toutes les possibilités d'agir à la personne ou à l'instance inférieure, de manière à faire valoir son autonomie. La

⁷³⁰ voir Guy Héraud, *Les principes du fédéralisme et la fédération européenne*, Paris, Presses d'Europe, 1968, pp. 49 et 50.

subsidiarité négative met donc en avant l'idée de suppléance, et favorise la non-ingérence.

C'est également ce que relève Dusan Sidjanski dans son ouvrage L'avenir fédéraliste de l'Europe. Il souligne que le principe de subsidiarité ayant un sens général, diverses interprétations peuvent lui être attribuées. Il peut donc être entendu comme « *une barrière protectrice des pouvoirs* » des entités inférieures, ou *a contrario* comme une extension des champs de compétence du niveau supérieur en renforçant « *ses pouvoirs notamment dans un souci d'efficacité et d'intérêt commun* »⁷³¹.

Outre cette façon de concevoir la subsidiarité en fonction du type d'action qu'elle engendre (négative ou positive, non-ingérence ou ingérence), la subsidiarité peut également être qualifiée au regard du champ de compétence dans lequel l'action va se développer.

En effet, avec David Renders, nous pensons que la subsidiarité peut prendre des formes différentes⁷³². Celui-ci en envisage quatre ; nous nous limiterons à en considérer simplement trois, plus pertinentes pour notre approche. La première forme de la subsidiarité se rapporte au caractère territorial de son champ d'action. La subsidiarité *territoriale* concerne l'intervention de l'autorité supérieure en fonction de l'étendue de ses compétences d'un point de vue spatial. L'autorité supérieure doit avoir un champ de compétence territorialement plus large que l'instance inférieure. La deuxième forme est la subsidiarité dite *fonctionnelle*. Il s'agit dans ce cas de faire intervenir une instance supérieure pour pallier la défaillance d'une autorité publique ou privée dans une matière particulière. Enfin, la troisième forme que peut prendre la subsidiarité est *procédurale*. Il s'agit ici de l'intervention de l'autorité supérieure lorsque la première autorité est déficiente ou que la seconde offre davantage de garanties.

Ces précisions sur la fonction ou le type de subsidiarité ne modifient pourtant pas son sens. Ce sont simplement des précisions sur son application. Bien qu'elle puisse être qualifiée différemment, la subsidiarité recouvre la même idée : celle de secours ou de suppléance en cas de défaillance de l'autorité inférieure. Elle peut donc être analysée

⁷³¹ Pour les deux citations, Dusan Sidjanski, *L'avenir fédéraliste de l'Europe*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p. 303.

⁷³² David Renders, « La subsidiarité au regard de la pratique des validations législatives », in Francis Delpérée (sous la dir.), *Le principe de subsidiarité*, Paris, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 286.

comme un principe de philosophie sociale cherchant à ce que le niveau de décision soit le plus proche possible du citoyen, sachant que cette proximité s'apprécie non dans l'espace, mais en termes d'efficience au regard du problème à régler. Même si elle peut avoir lieu à des moments différents, si l'action de l'instance supérieure peut avoir une ampleur variable et si le déclenchement de cette action peut varier selon les cas en fonction des pays dans lesquels elle s'applique, la subsidiarité garde une même base, un même fondement quant à son rôle et à sa fonction.

Cette section a permis de comprendre la subsidiarité à travers sa signification originelle et l'évolution qu'elle a pu connaître depuis Althusius jusqu'à la conception *moderne* du fédéralisme. De plus, nous avons montré que la subsidiarité recouvrait des conceptions variables, comme celle de secours, de suppléance, d'autonomie ou d'instrument répartiteur des compétences, à l'époque *moderne* actuelle du fait de ces multiples applications. Ainsi, pour répondre à notre question de l'existence d'un *modèle fédératif*, dans la perspective de définir le fédéralisme, nous pouvons dire que la subsidiarité fait partie des éléments de définition du fédéralisme, malgré l'évolution qu'elle a pu connaître. Toutefois, ces évolutions et la distinction qui doit être faite entre « *subsidiarité* » et « *principe de subsidiarité* » ne permettent pas d'en dresser un *modèle* établi, pour le moment.

Pour savoir si un *modèle* de la subsidiarité existe dans les cas de notre étude, il nous paraît maintenant pertinent de voir comment la subsidiarité est entendue dans les trois Fédérations américaines ainsi que dans notre perception française et européenne car c'est principalement par la conception européenne que la subsidiarité est définie dans le système juridique français. En effet, la subsidiarité recouvre un sens quelque peu différent en Europe et notamment en droit de l'Union, comme nous le verrons.

Section 2 Les conceptions et des mises en œuvre diversifiées de la subsidiarité

Il a été rendu compte de la multiplicité des définitions de la subsidiarité au long de la première section de ce chapitre. Pour établir l'importance de ce concept dans le fédéralisme, il semble judicieux d'analyser son sens et sa portée au regard des trois objets de notre étude. De manière à saisir les différences de conception, il sera nécessaire d'envisager la subsidiarité selon la conception européenne, telle qu'elle existe en droit de l'Union, car c'est cette conception de la subsidiarité qui est la référence et parfois la seule conception pour la doctrine française.

En effet, si les conceptions canadienne, brésilienne, étasunienne ou européenne ne sont pas substantiellement divergentes, on peut noter que chacune a privilégié une signification et une reconnaissance particulières de la notion de subsidiarité. Alors que la conception canadienne rapproche la subsidiarité de la notion d'efficacité (§1), la conception brésilienne n'y fait qu'une référence implicite en s'attachant à la répartition des pouvoirs entre les niveaux de gouvernement et à l'idée d'aide (§2), alors que dans l'expérience étasunienne c'est la notion d'autonomie qui est mise en avant (§3). Enfin, la conception européenne, qui a fait de la subsidiarité un concept central lors de la création de l'entité communautaire européenne, lui a donné une signification approximative et imprécise, car son utilisation a posé des problèmes aux institutions (§4).

§1 La conception canadienne de la subsidiarité et le lien avec la notion d'efficacité

La conception nord-américaine de la subsidiarité ne considère pas ce principe de manière officielle, car c'est le texte constitutionnel qui a établi la répartition des compétences. La subsidiarité ne sera donc vue, dans certains pays, que comme un remède à un déséquilibre des compétences. C'est notamment le cas au Canada.

La subsidiarité n'est pas formellement reconnue par les textes fédératifs et il n'existe aucune garantie légale ou politique la protégeant. Le terme semble donc étranger au droit canadien, mais il est néanmoins possible de déceler son existence dans l'application des règles relatives aux compétences de chaque ordre de gouvernement⁷³³. En effet, le fédéral pourra, dans certains cas, agir dans des domaines qui ne relèvent pas de sa compétence pour des raisons particulières. Les textes constitutionnels canadiens, et l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* tout particulièrement, confèrent à l'entité fédérale, un pouvoir général de légiférer. Le Parlement fédéral peut « *faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par le présent acte exclusivement assignés aux législatures des provinces* »⁷³⁴. Le fédéral détient donc une compétence résiduaire⁷³⁵, pouvant agir sur tout ce qui n'a pas été attribué aux provinces⁷³⁶.

⁷³³ François Rocher et Christian Rouillard, « Décentralisation, subsidiarité et néo-libéralisme au Canada : lorsque l'arbre cache la forêt », *Canadian Public Policy*, vol. 24, n° 2, 1998, pp. 233-258.

⁷³⁴ Alinéa introductif de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁷³⁵ Qualificatif utilisé dans le droit canadien. Synonyme de « résiduel ».

⁷³⁶ Exemple : article 92 alinéa 11 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cet article énonce la compétence exclusive des provinces pour légiférer relativement à « *l'incorporation des compagnies pour des objets provinciaux* ». Aucun titre de compétence ne prévoyait la compétence du fédéral de faire de même pour

Cependant, il a été admis par les juridictions suprêmes (Comité judiciaire du Conseil privé et Cour suprême à partir de 1949⁷³⁷) que le fédéral pouvait agir dans des domaines qui ne faisaient pas partie de ses compétences dans des cas précis.

Tout d'abord, le fédéral pourra agir en cas de situation d'urgence ou de crise. Cela doit se distinguer de son pouvoir relatif aux forces armées et à la défense du pays, reconnu explicitement au paragraphe 7 de l'article 91. Le pouvoir d'urgence doit être temporaire et doit répondre à un besoin précis dans une situation exceptionnelle. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Fort Frances Pulp and Power Co c. Manitoba Free Press Co.* de 1923⁷³⁸. Une des manifestations de ce pouvoir d'urgence est la *Loi sur les mesures de guerre*, S.R.C., (1985) ch. W-2, abrogée aujourd'hui et remplacée par la *Loi sur les mesures d'urgence*. La validité du fondement de cette loi fut basée sur le pouvoir d'urgence. Ensuite, le fédéral peut agir en cas d'« *intérêt national* », sur la base de la théorie des dimensions nationales. Le Parlement fédéral s'est vu reconnaître assez tôt le pouvoir de légiférer sur « *toute matière ayant des dimensions nationales ou un intérêt pour l'ensemble de la fédération* »⁷³⁹. Cette reconnaissance peut être trouvée dans la décision *Russel c. La Reine* de 1882⁷⁴⁰, telle qu'interprétée dans *l'Affaire de la prohibition locale*⁷⁴¹, selon l'interprétation de l'alinéa introductif de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle permet ainsi au fédéral de s'immiscer dans les domaines de compétence des provinces sans que cela représente une violation de la répartition des compétences, reconnue par les textes constitutionnels. La décision *Crown Zellerbach*⁷⁴² de 1988 a confirmé la reconnaissance de ce pouvoir du fédéral et l'a même renforcé en conférant une légitimité (et une légalité) d'action au fédéral, dans de nouveaux domaines. Jusqu'alors, le fédéral ne pouvait agir dans des domaines qui étaient de compétence provinciale, mais avec cette décision, il peut agir dans des matières nouvelles n'existant pas à l'époque de la rédaction de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou dans des matières qui sont de nature « *locale ou privée dans une province* », mais qui sont devenues des

des objets fédéraux. Les tribunaux ont considéré que cette matière relevait de la compétence exclusive du parlement fédéral en vertu du pouvoir résiduel.

⁷³⁷ La Cour suprême a été créée en 1867, et jusqu'en 1949, il était possible d'en appeler de ses décisions au Comité judiciaire du Conseil privé. 1949 marque le moment de l'abolition de cette possibilité d'appel.

⁷³⁸ Comité judiciaire du Conseil privé, *Fort Frances Pulp and Power Co c. Manitoba Free Press Co.*, (1923), A.C. 695.

⁷³⁹ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Yvon Blais, 2008, p. 556.

⁷⁴⁰ Comité judiciaire du Conseil privé, *Russel c. La Reine*, (1882), 7 A.C., 829.

⁷⁴¹ Comité judiciaire du Conseil privé, *Affaire de la prohibition locale*, (1896), A.C. 348.

⁷⁴² Cour suprême, *Crown c. Zellerbach Canada Ltd.*, (1988), 1 R.C.S. 401.

matières d'intérêt national. Une matière d'intérêt national doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent d'une matière provinciale. Ce qui fait de cette règle de l'intérêt national une véritable mise en place de la subsidiarité est la façon de reconnaître ces trois caractères à une matière. Il faut examiner les effets de l'omission de l'action d'une province sur les intérêts des autres provinces⁷⁴³. Cela se rapproche donc fortement du principe de subsidiarité donnant le pouvoir à l'autorité supérieure d'agir en cas d'incapacité ou d'inefficience de l'autorité inférieure. Le fédéral peut donc agir dans une matière qui ne relève pas de sa compétence, mais pour laquelle un intérêt national est reconnu. Le premier problème qui se pose est donc de savoir qui aura la capacité pour décider et juger de la légitimité de la reconnaissance d'un intérêt national. Et de plus, cela peut concerner une matière qui relève de la compétence provinciale, mais qui aurait acquis une valeur nationale, ou sur laquelle le législatif provincial n'aurait pas agi, créant alors des conséquences sur les autres provinces ou sur le fédéral.

Le flou des situations pouvant être prises en compte et l'imprécision des critères de qualification des situations laissent une grande marge d'action et de décision pour le fédéral.

Il convient de souligner que la subsidiarité n'existe que dans un mouvement ascendant puisque les provinces ne pourront pas faire jouer leur proximité avec la matière pour agir dans un domaine ne faisant pas partie de leurs compétences. Cela peut donc constituer un problème car ce « *sens unique* » de la subsidiarité peut facilement remettre en cause l'autonomie des provinces⁷⁴⁴.

La Cour suprême a pris récemment pour référence le principe de subsidiarité⁷⁴⁵ et indique : « *ce principe veut que le niveau de gouvernement le mieux placé pour adopter et mettre en œuvre des législations soit celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l'efficacité mais également parce qu'il est le plus proche des citoyens*

⁷⁴³ « [...] il est utile d'examiner quel effet aurait sur les intérêt extra-provinciaux l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intraprovinciaux de cette matière », Cour suprême, *Crown c. Zellerbach Canada Ltd.*, (1988), p. 432. Voir H. Brun et G. Tremblay, op. cit., p. 559.

⁷⁴⁴ Voir en ce sens Eugénie Brouillet, « Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora's Box? », *Supreme Court Law Review*, 2011, 54 S.C.L.R. (2d), p. 632.

⁷⁴⁵ Cour suprême, *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Assn.*, (2010) C.S.C. No. 39, [2010] 2 R.C.S. 536 ; ou *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, (2010) S.C.J. No. 61, [2010] 3 R.C.S. 457 (C.S.C.).

*touchés et, par conséquent, le plus sensible à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population »*⁷⁴⁶.

Il ressort de ces analyses que la subsidiarité n'est pas explicitement et formellement reconnue par les textes constitutionnels canadiens. L'idée qu'elle véhicule est néanmoins bien présente. C'est le critère d'efficacité qui va donc être le critère permettant l'application de la subsidiarité.

Pour André Burelle, le critère d'efficacité est essentiel au sein du système fédératif canadien. La province doit protéger les particularités culturelles et l'autonomie politique des communautés fédérées, alors que l'autorité fédérale doit être : « *maître de ce qui demande à être géré à l'échelle des grands ensembles, pour assurer les mises en commun économiques, sociales et politiques nécessaires au règlement des problèmes dont l'envergure dépasse les moyens d'action et l'aire de juridiction restreinte des divers partenaires de la fédération* »⁷⁴⁷.

Ainsi, pour cet auteur, les deux principes essentiels que sont la subsidiarité et la non subordination doivent organiser le fonctionnement du fédéralisme. La subsidiarité signifie donc que seules « *les affaires qui ne peuvent être gérées en toute justice et efficacité à l'échelle locale* » doivent être de la compétence du gouvernement central⁷⁴⁸.

De plus, un groupe de vingt-deux intellectuels canadiens ayant travaillé sur le principe de subsidiarité conclut : « *subsidiarity should be a key operational principle in rebalancing the federation, especially when it comes to reconfiguring the division of powers and reducing overlap and duplication* »⁷⁴⁹. Il convient de signaler que dans cette perspective, la définition de la subsidiarité est limitée à ses aspects techniques et opératoires de manière à réduire les responsabilités relevant de chaque instance. Cela ne rend toutefois

⁷⁴⁶ Cour suprême, *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, (2001) 2 S.C.R. 241, 2001 C.S.C. 40 para. 3 (per l'Heureux-Dubé J, Gonthier, Bastarache et Arbour JJ).

⁷⁴⁷ André Burelle, *Le mal canadien. Essai de diagnostic et esquisse d'une thérapie*, Montréal : Fides, 1995, p. 127.

⁷⁴⁸ André Burelle, *op.cit.*, p.128.

⁷⁴⁹ « *La subsidiarité devrait être le principe-clé permettant de rééquilibrer la fédération, surtout lorsqu'il s'agit de reconfigurer la répartition des pouvoirs et de réduire les chevauchements de compétences* », Group of 22, *Making Canada Work Better*, Toronto : C.D. Howe Institute, 1996, p. 11.

pas compte de la philosophie de la subsidiarité, c'est-à-dire de l'esprit de ce concept. Cette définition ne se contente que de l'aspect pratique de la subsidiarité.

Un autre problème se pose dans la définition de la subsidiarité au Canada selon MM. Rocher et Rouillard : celui du rapprochement qui est fait avec les notions de décentralisation et de déconcentration.

D'une manière générale, la décentralisation est assimilée à une plus grande influence des gouvernements provinciaux en contrepartie d'une diminution du pouvoir d'action du gouvernement fédéral. Or, dans une logique de décentralisation, l'instance fédérale voit son autorité sur les compétences transférées aux instances provinciales très largement réduite. Ainsi, le fédéral participe néanmoins à « *l'établissement de mécanismes contraignants de conception, d'évaluation, d'orientation et/ou de contrôle auxquels sont subordonnées les provinces, cela doit davantage être qualifié de déconcentration* »⁷⁵⁰.

La conception canadienne, du fait de la grande importance que revêt la défense des provinces, envisage la subsidiarité comme une notion proche de celle de décentralisation.

Comme nous le verrons avec le cas étasunien, la subsidiarité n'est pas reconnue d'un point de vue formel dans les textes constitutionnels. Elle est toutefois mise en oeuvre au Canada. Elle n'agit que dans un sens ascendant puisque seul le fédéral pourra agir dans certains cas, alors que le local ne pourra pas agir dans des matières qui ne relèvent pas de sa compétence, même si son action serait justifiée par un meilleur résultat. C'est le critère de l'efficacité qui sera le moteur de l'utilisation de la subsidiarité.

§2 La conception brésilienne de la subsidiarité : une reconnaissance timide et implicite

Le texte constitutionnel brésilien, à l'instar de ses cousins du Nord du même continent, ne fait pas mention du principe de subsidiarité. Cependant, il semble que l'idée qu'elle véhicule apparaît dans certains passages de la *Constitution fédérative de 1988*.

⁷⁵⁰ François Rocher et Christian Rouillard, « Décentralisation, subsidiarité et néo-libéralisme au Canada : lorsque l'arbre cache la forêt », *Canadian Public Policy*, vol. 24, n° 2, 1998, p. 239.

C'est la *Constitution de 1891* qui va introduire pour la première fois l'idée de subsidiarité. En cas de circonstances extrêmes, la Constitution prévoyait une aide financière de la part de l'Union, à titre de secours. Cela permettait le versement de subventions aux États fédérés dans le cas de « *calamité publique* », lorsque ceux-ci sollicitaient une aide. La conception restrictive de l'aide fédérale aux États reçut une consécration plus explicite dans un document du Ministre de la Justice de 1897, fixant les conditions de coopération financière de l'Union⁷⁵¹. La rédaction de ce document devait également permettre, en accord avec l'article 5 de la Constitution fédérative de 1891, d'identifier et de caractériser le caractère exceptionnel de l'aide financière fédérale.

Après les *Constitutions de 1934, 1937 et 1946*, ne reconnaissant pas ou presque la subsidiarité, la *Constitution de 1967* ne fera qu'une mince référence explicite à la subsidiarité. L'unique secteur de la *Constitution de 1967* pour lequel le pouvoir fédéral connaissait une restriction est le secteur économique monopolistique. Dans les constitutions précédentes, la compétence d'intervention de l'Union était délimitée par la formule d'« *intérêt public* »⁷⁵² et toute intervention de celle-ci ne pouvait donc se faire que sous le couvert de cette justification. Sans motif d'intérêt public, l'intervention de l'Union ne se justifiait pas. Dans la *Constitution de 1967*, les champs d'intervention étaient donc significativement plus grands, mais le pouvoir d'intervenir était conditionné par deux motivations spécifiques. L'intervention devait être indispensable pour la sécurité nationale ou pour le développement d'activités, et l'instance devait être incapable d'agir avec efficacité, du fait du cadre compétitif et de la liberté d'initiative (article 157 §8).

Aujourd'hui, la *Constitution fédérative de 1988* ne fait pas apparaître explicitement la subsidiarité, pour ne donner une importance qu'à la répartition des compétences entre les différentes instances. Dans cette Constitution, le principe de subsidiarité n'est pas clairement énoncé, mais il est possible de cerner les empreintes de la notion de subsidiarité dans les articles relatifs à la répartition des compétences⁷⁵³. Il est notamment possible d'identifier l'idée de subsidiarité dans les articles liés aux

⁷⁵¹ Raul Machado Horta, « Tendências do federalismo brasileiro », *Revista brasileira de estudos políticos*, n°28, janeiro de 1970, p. 11.

⁷⁵² Articles 116 et 146 de la *Constitution de 1967*.

⁷⁵³ Paulo Vanderlei Vargas Groff, *L'État fédéral et la démocratie au Brésil : l'application du principe de subsidiarité*, thèse, Paris, 2000, réimprim. Lille, 2002, p. 231.

compétences exclusives des États⁷⁵⁴. L'idée de subsidiarité peut également se retrouver dans les articles relatifs aux compétences des communes. C'est l'article 30 de la Constitution qui prévoit leurs compétences exclusives⁷⁵⁵. Cet article semble sous-tendre l'idée de subsidiarité en indiquant la compétence dévolue aux communes en matière législative. Celles-ci peuvent légiférer sur des matières d'intérêt local. Cela n'empêche pas pour autant les États, voire l'Union, d'intervenir sur ces matières si la commune ne l'a pas fait. Il ressort de la Constitution au point VII de son article 30 qu'il appartient aux communes d'assurer le bon fonctionnement des services de soins à la population alors que l'article 23, à son point II, précise qu'il est de la compétence exclusive de l'Union d'assurer la santé et l'assistance publiques. De même, l'article 30 au point IX laisse à la compétence des communes l'obligation de protéger le patrimoine alors que l'article 24 à son point VII donne à l'Union la compétence pour protéger le patrimoine historique, culturel, artistique, touristique et des paysages. Il ressort donc de ces exemples que la compétence, normalement exclusive des communes, peut être suppléée par l'action de l'Union. Toutefois, la Constitution ne prévoit pas les conditions dans lesquelles cette aide pourra se réaliser. La *Constitution fédérative de 1988* énumère les compétences exclusives réservées à l'Union et aux communes en matière législative et exécutive et laisse donc aux États le reste des compétences. L'article 25 de la Constitution précise dans ce sens que « *les États s'organisent et sont régis par les Constitutions et les lois qu'ils adoptent, dans le respect des principes de la présente Constitution. Aux États sont réservées toutes les compétences qui ne leur sont pas interdites par la présente Constitution* ». Les domaines dont sont en charge les États relèvent donc de leur

⁷⁵⁴ Articles 20 à 32 de la *Constitution de 1988*.

⁷⁵⁵ « *Il est de la compétence des Communes:*

I - de légiférer sur les matières d'intérêt local;

II - de suppléer à la législation fédérale et subfédérale en tant que de besoin;

III - d'instituer et de percevoir les impôts de leur compétence ainsi que d'en affecter les produits, sans préjudice de l'obligation de rendre des comptes et d'en publier mensuellement la comptabilité dans les délais fixés par la loi;

IV - de créer, organiser et supprimer les districts, conformément à la législation de l'État respectif;

V - d'organiser et d'assurer, directement ou sous régime de concession ou de permission, les services publics d'intérêt local, y compris celui de transport en commun, qui a un caractère essentiel;

VI - de mettre en oeuvre, avec la coopération technique et financière de l'Union et de l'État, les programmes d'éducation préscolaire et d'enseignement fondamental;

VII - d'assurer, avec la coopération technique et financière de l'Union et de l'État, les services de soins à la population;

VIII - de promouvoir, en tant que de besoin, l'aménagement adéquat du territoire, au moyen de la planification et du contrôle de l'usage, du découpage en parcelles et de l'occupation du sol urbain;

IX - de promouvoir la protection du patrimoine historico-culturel local, conformément à la législation et sous contrôle fédéral et subfédéral » (traduction Ambassade du Brésil en France)

compétence, et la subsidiarité apparaît dans le fait de laisser aux États les compétences résiduelles exclusivement à leur charge, en fonction de leurs constitutions et des lois qu'ils ont mis en place.

Toutefois, la subsidiarité est aussi présente dans le domaine des compétences concurrentes entre l'Union et les États. La *Constitution fédérative de 1988* indique aussi les compétences concurrentes (en matière législative) entre l'Union et les États. Il ressort de l'article 24 de la Constitution que l'Union, si elle détient la compétence pour légiférer sur les normes générales, peut également agir en ce qui concerne les normes spécifiques, relevant normalement de la compétence des États. Dans ce cadre-là, l'instance supérieure qu'est l'Union pourra agir pour compléter l'action des États et ce, y compris concernant les compétences relevant des États. La subsidiarité ne peut apparaître plus clairement.

De plus, si les compétences résiduelles en matière législative et exécutive sont laissées aux États, il en va différemment en matière fiscale. En effet, l'Union et les États voient leurs compétences en la matière énumérées aux articles 153 et 155, tout en laissant les compétences résiduelles à l'Union (article 154-I). Cela lui permet d'agir, une fois encore, en complément des États qui détiennent la compétence de principe dans le domaine fiscal.

En laissant aux États membres les compétences qui ne sont pas attribuées à l'Union ou aux communes, il est possible de voir, comme le soutient Paulo Vanderlei Vargas Groff, l'essence du principe de subsidiarité⁷⁵⁶. Il convient néanmoins de préciser que le fait que la Constitution reste exhaustive quant à l'énumération des compétences attribuées à l'Union, altère quelque peu la subsidiarité dans sa substance⁷⁵⁷. La subsidiarité appelle une certaine souplesse dans la détermination des compétences attribuées aux différentes instances, ou au moins accepte de n'attribuer la compétence d'un domaine à un niveau de pouvoir donné qu'en envisageant l'intervention de l'instance supérieure en cas de déficience ou d'incapacité.

La *Constitution fédérative de 1988* apporte des changements dans la répartition des compétences des différents niveaux de pouvoir. L'Union s'est vue octroyer des

⁷⁵⁶ Paulo Vanderlei Vargas Groff, *L'État fédéral et la démocratie au Brésil : l'application du principe de subsidiarité*, thèse, Paris, 2000, réimprim. Lille, 2002, pp. 231 à 233.

⁷⁵⁷ Paulo Vanderlei Vargas Groff, *op. cit.*, p. 231.

compétences concurrentes alors qu'elles n'existaient pas auparavant à son profit. Ensuite, les pouvoirs relatifs à l'organisation des régions ont été transférés de l'Union vers les États, ce qui a permis d'élargir les compétences de ces derniers. Enfin, les communes se sont vues laisser, par les États, la compétence relative à leur propre organisation. Dans la Constitution précédente, les États étaient responsables de l'organisation des communes, ce qui rendait compliquée la mise en place de plans d'aménagement pour les communes.

Il convient de souligner que la Constitution brésilienne n'établit pas de hiérarchie entre les différents niveaux de pouvoir. En effet, il ressort de la Constitution que les communes, tout comme l'État et l'Union, reçoivent leurs compétences du texte constitutionnel lui-même. Il n'y a donc pas, comme le pense Paulo Vanderlei Vargas Groff, « *de primauté de compétence entre les membres de l'État fédéral* »⁷⁵⁸. Le Tribunal Suprême fédéral étant habilité à décider de la compétence sur des matières pour lesquelles un contentieux existe, chaque niveau de pouvoir détient un cadre de compétences propre. Cela implique donc qu'aucune hiérarchie n'existe entre les différents niveaux de pouvoir. Cela va dans le sens d'une absence de reconnaissance du principe de subsidiarité dans le texte constitutionnel. De plus, si le fait qu'aucune hiérarchie ne soit établie par la Constitution, remettant en cause partiellement le principe de subsidiarité qui envisage l'intervention de l'instance supérieure en cas d'incapacité de l'instance inférieure, la mise en œuvre et la pratique politiques vont à l'encontre de cette absence de reconnaissance de hiérarchie. En effet, les pouvoirs politiques de l'Union et les capacités financières de celle-ci en font une instance hiérarchiquement placée au-dessus des États et des communes.

La subsidiarité se retrouve donc dans de nombreux champs de la *Constitution fédérative de 1988*, sans pour autant être formellement présente et reconnue. Dans une perspective législative, la subsidiarité se retrouve dans les articles relatifs à la compétence exclusive des États et des communes et dans les domaines de compétence concurrente entre les États et l'Union ou entre les communes et l'Union. L'ensemble des constitutions qu'a connues le Brésil séparaient les compétences attribuées à l'Union et les compétences résiduelles des États fédérés. Ainsi, la subsidiarité apparaît dans le principe de répartition

⁷⁵⁸ Paulo Vanderlei Vargas Groff, *idem*, p. 235.

des compétences comme laissant les compétences résiduelles aux États qui pourront être suppléés par l'Union en cas de déficience. L'Union et les communes se voyant conférer des compétences exclusives par la Constitution, les États reçoivent par conséquent, la responsabilité exclusive de tous les domaines non attribués aux deux autres instances. La subsidiarité est aussi présente en matière fiscale. La subsidiarité est donc assez présente dans la mise en œuvre de la Constitution brésilienne, même si elle n'est pas formellement reconnue.

§3 La conception étasunienne de la subsidiarité et sa relation particulière avec la notion d'autonomie

Pour un grand nombre de penseurs en droit et en science politique étasuniens⁷⁵⁹, la subsidiarité est une notion extérieure à la culture étasunienne. La répartition des compétences opérée par la Constitution et les jeux d'équilibre des pouvoirs remplissent leur rôle de modulation des responsabilités. Néanmoins, la subsidiarité semble exister tout de même, dans une acception liée à la notion d'autonomie. Elle existe, non pas en tant que principe, mais bien seulement sous l'idée de rééquilibre des pouvoirs venant compléter la répartition des compétences.

Selon George A. Bermann⁷⁶⁰, le système étasunien, en tant que système fédératif, est un système dans lequel le pouvoir politique est constitutionnellement divisé entre un gouvernement central et les gouvernements des États membres, et dans lequel les personnes sont concurremment soumises à l'autorité des deux niveaux de gouvernement, chacun agissant dans la sphère définie par la Constitution. Ainsi, le terme de fédéralisme suppose un ensemble dans lequel le pouvoir politique est à la fois alloué, juridiquement et en fait, à deux ou plusieurs niveaux de gouvernement. Cependant, bien que le fédéralisme suppose une distribution verticale ou un équilibre des pouvoirs, il n'admet pas de préférence en matière de distribution des pouvoirs et encore moins de domination préétablie ou minimale de la part du fédéral. Dans cette conception, le fédéralisme et la subsidiarité, bien que liés, ont des sens sensiblement différents.

⁷⁵⁹ C'est le cas par exemple, de John Kincaid, Alan Tarr ou George Bermann.

⁷⁶⁰ George A. Bermann, « Taking Subsidiarity Seriously : Federalism in the European Community and the United States », *Columbia Law Review*, vol. 94, march 1994, n° 2, p. 403.

La question du respect du principe de subsidiarité se pose donc de la manière suivante : le principe n'étant pas consacré, l'instance fédérale est limitée dans son action par la Constitution. Celle-ci pose le cadre des compétences des différentes instances et notamment des États membres, ainsi que les objectifs déterminés par la Fédération. Chaque instance doit donc agir dans un cadre qui lui est propre. Pour Herbert Weschler, l'existence même des États et le pouvoir qui leur est reconnu ont une telle importance dans la culture et l'histoire politique étasunienne, qu'ils exercent une grande influence sur le pouvoir national⁷⁶¹. Ainsi, l'idée que sous-tend la subsidiarité est bien présente dans la pratique étasunienne. Si elle n'a pas une reconnaissance formelle, elle est un principe de *réajustement* des pouvoirs et des compétences entre le fédéral et les États ou les collectivités locales.

Pour George A. Bermann, la subsidiarité est une notion étrangère au système constitutionnel étasunien contemporain, comme elle l'a été pour l'Europe au début des années quatre-vingt⁷⁶². Elle est également étrangère au droit et à la législation fédératifs. En effet, le système étasunien n'offre que peu de garanties politiques ou juridiques, et le gouvernement fédéral n'agira que lorsqu'il sera persuadé que les États ne pourront pas agir de manière satisfaisante de leur propre chef. Les États-Unis n'accordent que peu d'importance à la reconnaissance de l'importance d'un principe de subsidiarité pour assurer le respect du partage des pouvoirs dans un système fédératif.

La subsidiarité ne semble se manifester aux États-Unis que par le truchement du Congrès, dans sa composition et son mode de fonctionnement. Celui-ci ne peut en effet agir sans prendre en compte les États et leurs intérêts, du fait de leur autonomie, mais aussi de leur participation dans le processus législatif fédéral. Les cours, en conséquence, ont refusé de reconnaître dans la subsidiarité un précepte juridique spécifique s'imposant au Congrès, puisqu'il existe des raisons de penser que le Congrès respecte *a priori* ce principe de son propre chef, du fait de sa composition et de la défense des intérêts des

⁷⁶¹ « (...) *the sheer existence of the states and (from) their political power to influence the action of the national authority* », in Herbert Wechsler, « The Political Safeguards of Federalism : The Role of the States in the Composition and Selection in the National Government », *Columbia Law Review*, 54, 1954, p. 544.

⁷⁶² George A. Bermann, *idem*, p. 403.

États par ses membres⁷⁶³. Les « *congressmen* » (membres de la Chambre des Représentants) ayant une durée de mandat réduite et ne pouvant accéder à des fonctions importantes que par l'ancienneté, défendent considérablement les intérêts de leur circonscription et donc de leur État.

La situation est quelque peu différente en ce qui concerne l'exercice de l'autorité par les agences fédérales, qui sont des entités administratives dépendantes du pouvoir fédéral (exécutif ou bien législatif), chargées de réaliser les missions confiées par l'administration fédérale ou par le pouvoir législatif. D'un côté, de la même manière que le Congrès ne doit pas manifester un fort attachement envers la subsidiarité, il ne doit pas non plus exercer de pression sur les agences en leur dictant une façon d'agir afin de démontrer le respect fondamental qu'il accorde aux États membres et à leur capacité à se gouverner eux-mêmes. Les juridictions démontrent aussi un haut degré de respect envers les décisions rendues par les agences, même lorsqu'elles dépassent leurs compétences statutaires, car elles n'ont besoin ni de prouver ni de préciser la nécessité des actes ou des actions qu'elles entreprennent. D'un autre côté, l'Exécutif a tenté d'introduire dans le processus de régulation des considérations touchant directement au fédéralisme et, d'une certaine façon, à la subsidiarité⁷⁶⁴. Dans ce cadre, une série de mesures issues de l'exécutif affectant les agences fédérales ont été adoptées, non seulement pour alléger les lourdes obligations imposées au secteur privé, mais aussi pour diminuer l'impact des mesures lorsque l'action réalisée au niveau local ou étatique atteint des objectifs fixés au niveau fédéral. Ces mesures de l'exécutif traduisent la vision communautaire des notions de proportionnalité et de subsidiarité. Néanmoins, l'efficacité de ces mesures est sujette à interrogations, notamment dans leur rapport au principe de subsidiarité.

D'un point de vue financier, il est intéressant d'analyser la subsidiarité dans l'équilibre entre les pouvoirs de chaque instance. Les réductions d'ordre budgétaire dans les différents niveaux de l'administration poussent à une diversification du mode de gestion et de financement des services publics⁷⁶⁵. Les États-Unis permettent cette diversification du fait de leur grande expérience en ce qui concerne l'autonomie des niveaux inférieurs et leur capacité d'organisation et de gestion. Cela a favorisé les multiples et divers modes

⁷⁶³ George A. Bermann, *idem*, pp. 419 et 423.

⁷⁶⁴ George A. Bermann, *idem*, p. 427.

⁷⁶⁵ Christophe Heckly et Eric Oberkamp, *La subsidiarité à l'américaine : quels enseignements pour l'Europe ?*, Paris, l'Harmattan, 1994, p. 70.

de prestation des services publics locaux, en particulier du fait de l'application du principe de subsidiarité, entendu dans une acception très large et particulière. Dans ce sens, l'autorité supérieure n'intervient que si les objectifs ne peuvent être réalisés de manière suffisante par l'autorité inférieure. De plus, le secteur public n'intervient pas si le secteur privé peut offrir des garanties suffisantes pour la réalisation de l'action envisagée. Pour Christophe Heckly et Eric Oberkamp, les collectivités locales américaines appliquent de multiples formules : « *la gestion et le financement traditionnels des services en régie, la coopération de collectivités publiques ou parapubliques qui permet de réaliser des économies d'échelle, le transfert partiel de la charge financière des services (...) ou de leur gestion déléguée, le transfert au secteur privé (marchand et non marchand) de la gestion et du financement des services, les incitations réglementaires et fiscales qui déchargent partiellement ou totalement les collectivités de la responsabilité de l'offre de certains services* »⁷⁶⁶.

À la différence du cadre communautaire européen, dans lequel la subsidiarité tient une place importante, selon ce que précisent les traités⁷⁶⁷, les États-Unis n'y accordent qu'une importance relative, que ce soit en tant que principe doctrinal ou qu'instrument pratique. George A Bermann parle même de « *apparent indifference* »⁷⁶⁸.

Le fait que les États-Unis aient connu la forme fédérative depuis une si longue période sur la base de règles et de principes propres au fédéralisme que sont l'équilibre des pouvoirs entre les instances et l'autonomie des États, leur a permis de s'installer dans une logique de sécurité et de continuité. Cette logique de continuité et de sécurité, ancrée dans l'esprit étasunien, a rendu superflue la consécration de la subsidiarité en tant que principe propre au fédéralisme, et plus encore sa protection par les juridictions en tant que principe fondamental. C'est cette même idée que l'on retrouve au Canada. Cela permet à George A. Bermann de dire : « *it is interesting that, while critics in the United-States commonly allege and deplore a growing imbalance of power between the federal government and the states, to the detriment of the states, the means of redress that they*

⁷⁶⁶ Christophe Heckly et Eric Oberkamp, *ibidem*.

⁷⁶⁷ Voir le paragraphe 4.

⁷⁶⁸ George A. Bermann, « Taking Subsidiarity Seriously : Federalism in the European Community and the United States », *Columbia Law Review*, vol. 94, march 1994, n°2, p. 448.

most vigorously advance are ones that sidestep the central issue raised by subsidiarity »⁷⁶⁹.

Les défenseurs du fédéralisme aux États-Unis semblent plus intéressés par la spécificité des relations entre le gouvernement fédéral et les États que par l'importance du pouvoir politique sur ces gouvernements. Cela reflète l'idée que bien que certaines tendances ou techniques de gouvernance fédérative soient insupportables pour les gouvernements étatiques et locaux, et devraient être évitées, le système fédératif étasunien tolère néanmoins un large éventail de différences dans la distribution des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les États. Il faut ajouter que le fédéralisme américain accorde une plus grande importance à la présence d'un équilibre des pouvoirs global entre le gouvernement fédéral et les États qu'au respect d'une seule règle de distribution des compétences⁷⁷⁰.

Il semble donc que la notion de subsidiarité ait un sens spécifique aux États-Unis, et qu'elle soit même étrangère au système étasunien. Pourtant, l'idée sous-tendue par la notion de subsidiarité (c'est-à-dire de compétence de l'instance supérieure si l'instance la plus proche n'a pu résoudre le problème) semble exister au sein de ce système, non en tant que principe appliqué au sein du système fédératif, mais en tant que conséquence de l'équilibre des pouvoirs.

L'idée de subsidiarité semble également être liée à l'idée d'autonomie, aux États-Unis. En effet, la mise en œuvre de la subsidiarité ne serait qu'une conséquence du non respect de la répartition des compétences ou d'un déséquilibre qui affecterait les pouvoirs des entités étatiques ou locales. C'est donc en respect avec le principe d'autonomie des entités formant la Fédération que la subsidiarité serait mise en œuvre. Elle serait un moyen dérogatoire pour remettre en cause l'autonomie des entités.

L'idée existe donc, mais ne fait l'objet, ni d'une reconnaissance formelle dans les textes, ni d'une reconnaissance explicite. Cela est différent en Europe. La subsidiarité y est explicitement et juridiquement reconnue par les traités car la séparation et la

⁷⁶⁹ « Il est intéressant de constater que, bien que les critiques faites aux États-Unis soulignent et déplorent un déséquilibre croissant des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les États, au détriment des États, les moyens de rétablir l'équilibre qui avancent avec la plus grande force sont ceux qui évitent le problème central soulevé par la subsidiarité » (traduit par nous), George A. Bermann, *idem*, p. 449-450.

⁷⁷⁰ George A. Bermann, *ibidem*.

répartition des compétences ne jouissent pas d'une force et d'une légitimité telle qu'elle existe dans les pays d'Amérique du Nord. George A. Bermann le signifie de la manière suivante : « *Subsidiarity has a special calling in the Community precisely because it may help reduce the field over which this unavoidable disjonction occurs* »⁷⁷¹. Nous analyserons donc la conception et l'application européennes du principe de subsidiarité *infra*.

Ces trois premiers paragraphes ont permis de constater que la subsidiarité, en tant que principe, n'était pas formellement reconnue par les textes constitutionnels dans les trois Fédérations américaines. Pour autant, nous avons pu constater qu'il était possible de discerner l'idée de subsidiarité dans ces Fédérations. La subsidiarité se manifeste dans la gestion de la répartition des compétences de chaque ordre de gouvernement et notamment pour réguler les déséquilibres existants, de manière ponctuelle la plupart du temps, entre le gouvernement fédéral et les gouvernements étatiques ou locaux. Néanmoins, l'application de la subsidiarité est variable dans les trois Fédérations américaines. L'application repose sur des critères différents. Au Canada, c'est le critère d'efficacité qui sera la base de l'autorisation d'action de l'instance supérieure pour suppléer l'instance inférieure. Ce qui n'est pas aussi évident au Brésil puisque la subsidiarité sera mise en œuvre lors d'un conflit de compétences ou lorsqu'il sera décidé que l'entité supérieure pourra agir en lieu et place de l'entité inférieure. Toutefois, le texte constitutionnel prévoyant de nombreuses compétences concurrentes ou assimilées (nous avons vu que des compétences sont parfois données à deux ordres de gouvernement de manière exclusive), la subsidiarité ne s'appliquera pas rarement. Cela n'est pas le cas aux États-Unis où la subsidiarité est fortement liée à l'autonomie des États et serait un moyen pour réguler le déséquilibre des compétences. Il est donc impossible de déterminer un *modèle* qui pourrait se retrouver dans les trois Fédérations américaines. Une définition unanime de la subsidiarité n'est pas non plus envisageable.

Comme toute étude comparative l'exige, il faut, pour comprendre une notion dans un système étranger, en avoir cerné les contours, voire cerné la définition dans son propre

⁷⁷¹ « *La subsidiarité a une vocation particulière au sein de la Communauté (européenne) notamment parce qu'elle peut aider à réduire le champ sur lequel cette inévitable séparation se produit* », (traduit par nous) George A. Bermann, *idem*, p. 455.

système. Or la subsidiarité, telle qu'elle est entendue en France, découle de sa définition et de son application en droit de l'Union. Il nous paraît donc nécessaire de définir la subsidiarité dans son sens européen et communautaire, en raison du fait que l'Union européenne s'apparente par certains aspects, à un système de type fédératif. Ceci est d'autant plus important que nous allons voir que la conception de la subsidiarité en Europe se différencie quelque peu des conceptions canadienne, étasunienne et brésilienne. Pour rechercher l'existence ou non d'un *modèle fédératif* et notamment de l'existence d'une subsidiarité identique dans ce *modèle*, il a été indispensable de souligner les perceptions et les applications variables dans les trois Fédérations américaines. Voyons maintenant la différence qui existe entre les conceptions américaines de la subsidiarité et la conception européenne.

§4 La conception de la subsidiarité en Europe et en droit de l'Union

Le principe de subsidiarité est prévu par le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*⁷⁷², comme il l'avait été par les traités le précédant. La conception de la subsidiarité en droit de l'Union ne correspond pas exactement aux conceptions américaines, telles qu'elles sont reconnues dans les systèmes fédératifs canadien, étasunien et brésilien. Ce principe propre à la logique fédérative est appliqué en Union européenne et il paraît intéressant de l'étudier selon la conception européenne pour mesurer les différences qu'il peut recouvrir par rapport aux conceptions américaines. L'étude de son application et de sa reconnaissance en droit de l'Union fourniront également les moyens de saisir les variabilités de ses définitions et de ses mises en œuvre.

Au sein du système de l'Union européenne, la subsidiarité a un sens très particulier. Son apparition au sein du droit de l'Union, sa reconnaissance et bien sûr sa signification ainsi que ses conséquences lui donnent une teinte très singulière. Pour autant, sa présence ne peut qu'amener à reconnaître au cadre communautaire, les prémisses de règles à caractère fédératif.

⁷⁷² Voir le paragraphe 5 de l'article 2 et le protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

La notion de subsidiarité a fait son entrée dans les traités européens assez tardivement puisque ce n'est que dans le *Traité de Maastricht* qu'elle va officiellement apparaître, même si la reconnaissance de compétences supplémentaires avait débuté auparavant par l'action du juge communautaire (A). Elle ne va alors recouvrir qu'une signification imprécise (B), et son application va être limitée (C) du fait de son approximation volontaire (D). Cette restriction à la fois de la notion et de son application résulte du fait que la subsidiarité a gardé la teinte fédérative qu'elle détient depuis les « *Pères fondateurs* » et de la difficulté actuelle d'acceptation du concept de fédéralisme (E). Nous verrons donc que la subsidiarité, telle que reconnue en Union européenne, recouvre une conception variable des cas américains mais qu'elle représente un aspect essentiel dans la logique fédérative.

A) L'entrée du principe de subsidiarité dans les traités

Pour commencer à analyser la subsidiarité dans le cadre communautaire, il semble logique de se pencher sur l'apparition de ce principe dans l'ordre juridique de l'Union. S'il est apparu assez tardivement dans les traités, c'est la Cour de justice des Communautés européennes qui a fait entrer cette notion en droit de l'Union.

Empruntant des chemins détournés et par le truchement de la Cour de justice des Communautés européennes, la subsidiarité est entrée dans les traités du fait d'une reconnaissance indirecte de ce principe par le juge communautaire.

Les compétences des institutions communautaires prévues et délimitées par les traités ne pouvant être modifiées que par des procédures lourdes et complexes, le juge communautaire a usé de sa capacité heuristique pour élargir les compétences des institutions. C'est la jurisprudence de la Cour de justice qui leur a assez rapidement reconnu des compétences supplémentaires. La Cour a d'abord reconnu des compétences dites « *implicites* », ne résultant pas expressément des traités, mais reposant sur les objectifs de ceux-ci. Cela a donc permis aux institutions d'accroître leur champ d'action à des domaines qui ne faisaient auparavant pas partie de leur champ d'intervention. C'est, par exemple, dès 1960 que le juge communautaire va reconnaître la prévalence des intérêts de l'Union face à l'absence d'action des États membres, tout en reconnaissant

des compétences implicites aux institutions de l'Union, provenant de « *l'économie générale du traité* »⁷⁷³.

De la même façon, en 1961, le juge communautaire ne sanctionna pas « des incursions de la compétence communautaire dans les souverainetés nationales, là où elles sont nécessaires pour que du fait des pouvoirs retenus par les États membres, l'effet utile du traité ne soit pas diminué et sa finalité compromise »⁷⁷⁴. Le message du juge est clair et semble consacrer la légitimité de l'intervention de la Communauté dans des domaines normalement de la compétence des États membres, lorsque son intervention est jugée plus efficace, dans les conditions prévues par les traités.

En sus de la reconnaissance de compétences implicites par le juge communautaire, les institutions vont également bénéficier de compétences subsidiaires. Ces compétences permettent aux institutions d'agir lorsque cela est nécessaire pour réaliser un des « *objectifs fondamentaux de la Communauté* »⁷⁷⁵ prévu par les préambules, même lorsque ce type d'action ne fait pas partie de ses prérogatives officiellement reconnues par les traités. La Cour de justice va reconnaître que la Communauté peut parfois agir avec davantage d'efficacité que les États membres dans leurs propres domaines de compétence et considère que le recours à des compétences subsidiaires « *ne porte pas atteinte [...] à la répartition des attributions entre les institutions* »⁷⁷⁶. Seules les décisions relatives aux domaines culturel et militaire ou n'ayant pas de caractère économique ne peuvent être entreprises par la Communauté. La Cour de justice des Communautés européennes se fondait pour cela sur les articles 95-1 du *Traité CECA*⁷⁷⁷, 235 du *Traité CEE*⁷⁷⁸ et 203 du *Traité EURATOM*⁷⁷⁹.

⁷⁷³ CJCE, 15 juillet 1960, *Italie c/ Haute Autorité*, 20/59, Rec., p. 663, définissant le recours en constatation de manquement comme « *l'ultima ratio permettant de faire prévaloir les intérêts communautaires consacrés par le traité contre l'inertie et contre la résistance des États membres* ».

⁷⁷⁴ CJCE, 23 février 1961, *De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c/ Haute Autorité*, aff. 30/59, Rec. 1961, vol. VII, p. 1.

⁷⁷⁵ CJCE, 21 juin 1958, *Hauts fourneaux et aciéries belges c/ Haute autorité*, aff. 8/57, Rec. p. 223.

⁷⁷⁶ Jean-Louis Clergerie, *Le principe de subsidiarité*, Paris, Ellipses, 1997, p. 57 concernant la décision CJCE, 26 mars 1987, *Commission c/ Conseil*, Aff. 45/86, Rec. p. 1493.

⁷⁷⁷ « *Dans tous les cas non prévus au présent Traité, dans lesquels une décision ou une recommandation de la Haute Autorité apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun du charbon et de l'acier et conformément aux dispositions de l'article 5, l'un des objets de la Communauté, tels qu'ils sont définis aux articles 2, 3 et 4, cette décision ou cette recommandation peut être prise sur avis conforme du Conseil statuant à l'unanimité et après consultation du Comité consultatif* ».

⁷⁷⁸ « *Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent Traité ait prévu les pouvoirs d'action*

Il convient d'indiquer également que la Cour de justice a permis d'élargir l'application de l'article 235 aux relations extérieures et ce, notamment par une décision de 1971. Dans cette affaire, le juge était chargé de déterminer qui, du Conseil ou de la Commission, était compétent pour négocier et signer l'« *Accord européen relatif au travail des équipages de véhicules effectuant des Transports internationaux par Route* », dit accord « *A.E.T.R.* ». Il ressort de cet arrêt qu'une compétence, qui ne relève pas de l'attribution de la Communauté de façon exclusive, peut le devenir du fait de son exercice par la Communauté. En l'espèce, la mise en œuvre de la politique commune des transports par la Communauté, du fait de l'instauration de règles communes à caractère interne (adoption d'un règlement en l'occurrence), a eu comme conséquence l'exclusion d'une compétence concurrente des États membres dans le domaine des transports. La Cour de justice, en considérant que le régime des mesures internes à la Communauté était inséparable de celui des relations extérieures, énonça que les États membres ne pouvaient plus établir des accords internationaux avec des États tiers dans le domaine des transports. Le juge communautaire énonça au paragraphe 17 des motifs :

« qu'en particulier, chaque fois que, pour la mise en œuvre d'une politique commune prévue par le traité, la Communauté a pris des dispositions instaurant, sous quelque forme que ce soit, des règles communes, les États membres ne sont plus en droit, qu'ils agissent individuellement ou même collectivement, de contracter avec les États tiers des obligations affectant ces règles ».

La coloration de cet énoncé était manifestement marquée par la teinte caractéristique de la subsidiarité. Dans la reconnaissance du principe de subsidiarité, cela représenta un nouvel élément du développement de ce principe par la reconnaissance de compétences subsidiaires à la Commission.

Le principe de subsidiarité va entrer véritablement dans les débats européens à partir de la fin des années quatre-vingt. Il fut mentionné officiellement pour la première fois dans

requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, prend les dispositions appropriées ».

⁷⁷⁹ « Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser l'un des objets de la Communauté, sans que le présent Traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité et sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, prend les dispositions appropriées ».

un rapport de la Commission sur l'Union européenne en 1975 et va ensuite prendre une large place dans les discussions. Le rapport indique : « *L'Union européenne, conception d'ensemble reposant sur ces fondements, exigera structures efficaces et moyens appropriés. Ils n'existeront pas sans un retour au principe de base de la Communauté : organiser la construction européenne par l'attribution de compétences à des institutions communes, là où de telles compétences permettent de mieux assurer la prospérité et le progrès de l'Europe et de son influence dans le monde* »⁷⁸⁰. Le rapport précise par la suite que « *pas plus que les Communautés actuelles, l'Union européenne ne doit conduire à la création d'un super État centralisateur. Par conséquent, et conformément au principe de subsidiarité, ne seront attribuées à l'Union que les tâches que les États ne pourront plus accomplir avec efficacité* »⁷⁸¹.

Ce rapport reste donc peu précis sur le contenu et la nature de l'application du principe de subsidiarité. Nous considérons que cela résulte de la volonté de la Commission de prévoir l'élargissement de ses compétences dans des domaines particuliers *a posteriori*⁷⁸² et de se ménager une marge de manœuvre pour se permettre d'agir dans des domaines de compétence qui ne lui sont pas exclusivement attribués⁷⁸³. L'origine de cette entrée dans les réflexions semble liée à la modification de certaines modalités de prise de décision, notamment le passage de l'unanimité à la majorité qualifiée, puisque les États ont dû accepter que des décisions prises au niveau européen puissent s'appliquer malgré leur opposition, même minoritaire⁷⁸⁴. Un second aspect de la subsidiarité a amené ce principe à intégrer le droit de l'Union: les pays membres ont souhaité se prémunir contre des pertes de leur souveraineté et ont, dans cette perspective, souhaité des garanties⁷⁸⁵.

La subsidiarité a donc d'abord un caractère d'orientation peu précis pour laisser une possibilité d'évolution et d'adaptation aux situations qui se présenteront et sert également de garde-fou contre les excès du pouvoir de la Commission.

⁷⁸⁰ Rapport de la Commission sur l'Union européenne, *Bull. des CE*, supplément 5/75, p. 5.

⁷⁸¹ *Idem*, p. 10.

⁷⁸² Comme les domaines monétaire, budgétaire, de politique étrangère ou social.

⁷⁸³ Voir Frédérique Suquet, *La légitimité démocratique de l'Union européenne*, Thèse, Toulouse, 2003, p. 262.

⁷⁸⁴ Voir dans ce sens Vlad Constantinesco, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », *Mélanges en hommage à Jean Boulouis – L'Europe et le droit*, Paris, Dalloz, 1991, p. 41.

⁷⁸⁵ Vlad Constantinesco, *op. cit.*, p. 40.

Le Parlement en fit mention en 1984 dans le *projet de Traité instituant l'Union européenne* à l'article 12 §2⁷⁸⁶. Le principe de subsidiarité apparut dans l'*Acte Unique* relativement à la protection de l'environnement. La *Charte sociale* le mentionna ensuite en 1989, mais c'est le *Traité de Maastricht* (dans son article 5) qui va énoncer de manière officielle et pour la première fois le respect du principe de subsidiarité au sein de la Communauté européenne. Toutefois, le Traité ne va pas utiliser ce principe pour fixer et répartir les compétences entre la Communauté et les États membres. Il va simplement organiser et déterminer l'utilisation des compétences dont la Communauté est titulaire⁷⁸⁷. Une définition du principe de subsidiarité fut également donnée dans le projet Spinelli et lors du Conseil européen de décembre 1992. Néanmoins, ce principe était limité aux compétences concurrentes, définies par Guy Isaac et Marc Blanquet comme permettant aux États de conserver « *la compétence de légiférer ou de prendre des engagements conventionnels avec les pays tiers aussi longtemps et dans la mesure où les autorités communautaires ne sont pas encore intervenues dans le domaine en cause* »⁷⁸⁸.

Le principe de subsidiarité n'a donc pas d'effet direct et la compétence des Communautés ne peut être remise en cause. Ce principe donne simplement une orientation et sa mise en œuvre doit respecter les traités.

Par la suite et lors de la reconnaissance du principe de subsidiarité, son application va reposer sur la Cour de justice des Communautés européennes. C'est elle qui va être chargée de veiller au respect du Traité et donc de l'article 5 prévoyant le principe de subsidiarité.

⁷⁸⁶ « Lorsque le présent traité attribue une compétence concurrente à l'Union, l'action des États membres s'exerce là où l'Union n'est pas intervenue. L'Union n'agit que pour mener les tâches qui peuvent être entreprises en commun de manière plus efficace que par les États membres œuvrant séparément, en particulier celles dont la réalisation exige l'action de l'Union parce que leurs dimensions ou leurs effets dépassent les frontières nationales. La loi qui déclenche l'action commune dans un secteur non encore abordé par l'Union, ou par les Communautés, doit être adopté selon la procédure de la loi organique » (14 février 1984).

⁷⁸⁷ Voir Renaud Dehousse, « Réflexions sur la naissance et l'évolution du principe de subsidiarité », in Francis Delpérée (sous la dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., 2002, pp. 361 et s.

⁷⁸⁸ Guy Isaac et Marc Blanquet, *Droit communautaire général*, 8^{ème} éd., Paris, Armand Colin, 2001, p. 41.

B) La signification imprécise de la subsidiarité en droit de l'Union

Nous venons de voir dans les développements précédents que le principe de subsidiarité était entré dans les traités, mais il convient d'apporter une précision sur le fait que les conceptions de la subsidiarité sont pourtant assez diverses.

Melchior Wathelet, juge à la Cour de justice des Communautés européennes et professeur à l'Université Catholique de Louvain, considère que la subsidiarité peut avoir deux significations⁷⁸⁹.

Au sens large, la subsidiarité recouvre trois démarches. La première démarche concerne la détermination et la répartition des compétences. Cela se rapporte, par exemple, aux systèmes fédératifs qui vont préciser, généralement dans le pacte fédératif, à quelle instance revient tel type de pouvoir, notamment à qui revient la compétence de principe et à qui revient le pouvoir résiduel. La deuxième démarche consiste à déterminer le moment de déclenchement de l'action de l'instance supérieure. Il faut donc pour cela, définir et fixer la limite à partir de laquelle l'instance supérieure doit prendre le relais de l'instance en incapacité. La troisième démarche vise à déterminer l'étendue et l'intensité de l'action de l'instance supérieure, ceci en utilisant le principe de proportionnalité.

Le sens étroit se limiterait à définir la subsidiarité comme le « *déclenchement de l'exercice d'une compétence* »⁷⁹⁰. C'est, en fin de compte, ce qui était précisé dans l'article 5 §2 du *Traité CE* (nouvel article 5 §3 *TUE*). Celui-ci précisait que le champ d'application du principe de subsidiarité se limitait aux domaines de compétences concurrentes de la Communauté et non exclusives.

L'article 234 de l'ex *Traité CE* (ex.177) était un exemple de subsidiarité. Il donnait la compétence au juge communautaire pour les affaires ne pouvant être réglées par le juge national. La Communauté ne pouvait agir :

« conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire »⁷⁹¹.

⁷⁸⁹ Melchior Wathelet, « Propos liminaires », in Francis Delpérée (sous la dir.), *op. cit.*, p. 17.

⁷⁹⁰ Melchior Wathelet, *ibidem*.

⁷⁹¹ art. 5 §2, version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne, *Journal officiel de l'Union européenne*, 29.12.2006, C 321, p. 46.

Le *Traité sur l'Union européenne* prévoyait également le principe de subsidiarité. Le préambule, tout d'abord, précisait que les différents chefs d'États européens s'étaient « *résolus à poursuivre le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens, conformément au principe de subsidiarité* »⁷⁹². L'article 5 §3 du *Traité UE* signalait que « *Les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité* »⁷⁹³. Cette dénomination restait donc générale, de manière à permettre une plus large interprétation.

La subsidiarité était donc bien présente dans les traités et les textes européens, mais sa signification restait imprécise. Cela dans le but de se servir de ce principe comme bon semblerait aux institutions. Néanmoins, pour le moment, son application reste relativement limitée.

C) L'application limitée de la subsidiarité en droit de l'Union

Malgré des conceptions diverses de la subsidiarité, ce principe ne semble s'appliquer que dans des cas précis et limités : entre la Communauté et les États, et seulement dans le domaine économique.

En droit de l'Union, le principe de subsidiarité connaît une définition plus restreinte, puisque, nous l'avons vu précédemment, il se limite aux relations entre l'Union et les États membres et ne s'applique ni aux relations entre les collectivités infra-étatiques et les États ou l'Union elle-même, ni entre les collectivités et la société.

Au sein de l'Union européenne, le principe de subsidiarité reçoit une application qu'il convient d'explicitier. Pour Claire-Françoise Durand, directrice générale des services juridiques de la Commission des Communautés européennes, le principe de subsidiarité est présent dans chaque action mise en œuvre par la Commission⁷⁹⁴. Il consiste à trouver un équilibre entre le fonctionnement du marché intérieur et la

⁷⁹² Version consolidée du Traité sur l'Union européenne, *Journal officiel de l'Union européenne*, 9.05.2008, C 115, p. 16.

⁷⁹³ Version consolidée du Traité sur l'Union européenne, *Journal officiel de l'Union européenne*, 9.05.2008, C 115, p. 18.

⁷⁹⁴ Claire-Françoise Durand, « La mise en œuvre du principe de subsidiarité », in F. Delpérée (sous la dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., 2002, p. 367.

protection mesurée des acteurs. La Commission écrit ainsi que « *transposé à la Communauté, le principe de subsidiarité signifie que les fonctions qui deviendront communautaires sont celles que les nations, à leurs différents échelons, ne peuvent plus remplir seules de manière suffisante* »⁷⁹⁵. Cela signifie que la Communauté va intervenir, de manière nécessaire, lorsque l'action des États n'est plus suffisante.

Au sein des traités, c'est l'article 5 §2 (ex-article 3B du *Traité CE*) du *Traité CE* (version consolidée) qui donnait une définition essentielle du principe de subsidiarité. En effet, il indiquait que : « *(d)ans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire* »⁷⁹⁶.

Celui-ci limitait donc l'application du champ d'intervention du principe de subsidiarité aux compétences partagées. La fonction de cet article 5 §2 était de prévoir largement les cas d'exercice d'une compétence appartenant en principe aux États et exceptionnellement dévolue à la Communauté, en vertu du principe de subsidiarité. Pour Girolamo Strozzi, le rôle de l'article 5 consistait « *à limiter et à contenir cette « intrusion » dans les compétences étatiques en réglementant la dynamique des rapports entre États membres et Communauté dans les domaines des compétences partagées* »⁷⁹⁷.

Ce qu'il convient de préciser est que le principe de subsidiarité restait limité au domaine économique, mais demandait une appréciation au cas par cas pour décider de son application, puisqu'il n'était pas un principe de répartition des compétences. En effet, il ne s'appliquait qu'ultérieurement à la répartition des compétences établie et ne faisait que réguler l'exercice des compétences⁷⁹⁸. Rappelons, pour peu que cela soit nécessaire, que le principe de subsidiarité ne s'appliquait que dans les domaines de compétences partagées.

⁷⁹⁵ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Bull. des CE*, n°10-1992, p. 124.

⁷⁹⁶ Le principe de subsidiarité est aujourd'hui repris à l'article 5 §3 du traité sur l'Union européenne.

⁷⁹⁷ Girolamo Strozzi, « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1994, p. 380.

⁷⁹⁸ Voir *Bulletin des CE*, n°10-1992, p. 122.

Enfin, le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* envisage également la subsidiarité. Cela reste pourtant assez peu précis puisque le paragraphe 5 de l'article 2 du titre 1 de la première partie énonce que : « *dans **certain**s (souligné par nous) domaines et dans les conditions prévues par les traités, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres, sans pour autant remplacer leur compétence dans ces domaines* ».

Quelques précisions sur ce principe sont envisagées, mais seulement dans le protocole n° 2 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union*. Ce protocole associe la subsidiarité avec la proportionnalité. Ces deux éléments dénotent bien la faible importance donnée à ce principe. De plus, les neuf articles qui composent ce protocole n° 2 ne délimitent pas les champs d'application précis dans lesquels la subsidiarité devra être envisagée ni ne la définissent, mais prévoient seulement les conditions de prise en compte du principe de subsidiarité lors de l'étude d'un projet d'acte législatif. Cela accentue bien la faible importance et la relative application de ce principe qui n'est ni réellement défini, ni véritablement prévu dans le système de répartition des compétences.

Ainsi, deux préoccupations centrales sont liées directement à l'application du principe de subsidiarité.

La première concerne l'évaluation de la nécessité de l'action. Il s'agit de savoir si une action menée au niveau européen est plus appropriée qu'une action conduite par l'État membre (ou la collectivité) touché par le problème en question. À cette question, il semble difficile de trouver une réponse claire et qui envisagerait précisément le moment de l'intervention de l'Union.

La seconde se rapporte à la proportionnalité de l'action mise en œuvre, et donc au point de savoir quel doit être le degré d'intensité de l'action. Néanmoins, il convient de préciser qu'en ce qui concerne l'application du principe de proportionnalité, les domaines de compétences s'étendent à la fois aux compétences partagées et aux compétences exclusives. L'attitude au niveau européen est relativement semblable dans la plupart des cas : des techniques législatives fixant des « *exigences essentielles* », laissant aux États membres la faculté de choisir la mise en œuvre de l'action. D'un point de vue purement normatif, c'est la directive qui est l'acte de référence réglant les conditions de proportionnalité, ceci répondant à une exigence du Protocole annexé au *Traité d'Amsterdam*.

Malgré les quelques précisions prévues à l'article 5 du *Traité CE* et le protocole n° 2 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, le principe de subsidiarité n'est pas véritablement défini ni organisé au sein de l'Union européenne. Sa conception semble être généralement entendue, mais son application selon la répartition des compétences n'est que peu précisément encadrée. Son application est donc limitée.

D) L'approximation volontaire du principe de subsidiarité en droit de l'Union

Les institutions souhaitant se laisser une marge d'appréciation pour juger de l'opportunité de leur intervention semblent avoir volontairement donné une approche approximative du principe de subsidiarité.

L'approximation du principe de subsidiarité en droit européen provient, entre autres, de la grande marge d'appréciation existante pour évaluer le besoin d'intervention de l'instance supérieure⁷⁹⁹. L'Union européenne, pour agir, doit prouver que son intervention est souhaitable et nécessaire, cela en application des normes prévoyant le principe de subsidiarité. Néanmoins, les formulations de ces normes sont largement imprécises. Puisque l'entrée en vigueur du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* n'est que très récente, nous prendrons des exemples issus de l'application des précédents traités. Cela ne gêne en rien notre propos qui vise à montrer la reconnaissance et l'application du principe de subsidiarité dans le cadre européen depuis les débuts de sa prise en compte par les institutions.

L'article 5 §2 du *Traité CE* version consolidée, cité ci-dessus, prévoyait une application du principe si les objectifs ne pouvaient être réalisés « *de manière suffisante* » par les États et s'ils pouvaient être « *mieux réalisés* » par la Communauté. Or il est évident pour tout lecteur des traités que les objectifs de la Communauté étaient la plupart du temps peu précisément définis, voire parfois même volontairement vagues. Il en était de même pour la subsidiarité⁸⁰⁰. Les instances de l'Union, étant compétentes pour interpréter ces dispositions et également pour déterminer de l'opportunité ou de la nécessité d'une intervention en application du principe de subsidiarité, avaient une marge d'appréciation extrêmement grande. Si les instances de l'Union jugeaient que leur action

⁷⁹⁹ Voir Christian de La Malène, *L'application du principe de subsidiarité*, Les rapports du Sénat, 1996-1997, n°46, pp. 15-20.

⁸⁰⁰ Vlad Constantinesco, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », *Mélanges en hommage à Jean Boulouis – L'Europe et le droit*, Paris, Dalloz, 1991, p. 37.

ne permettait pas une « *meilleure réalisation* » ou qu'elle ne permettait pas d'atteindre les objectifs « *de manière suffisante* », aucune action de leur part n'aurait été déclenchée. À contrario, si la Communauté estimait qu'une action mise en œuvre par elle-même aurait été davantage efficace, c'est-à-dire qu'elle aurait permis une « *meilleure réalisation* » qu'une action qui aurait été réalisée par un État membre, elle aurait pu réaliser l'action en cause. Le principe de subsidiarité recouvrait donc une teinte bien particulière puisqu'il consistait à limiter l'exercice des compétences concurrentes par la Communauté⁸⁰¹. Deux éléments essentiels de la subsidiarité ressortent de cette conception, selon Frédérique Suquet : « *une règle d'organisation sociale fondamentalement démocratique selon laquelle le pouvoir politique ne doit intervenir que pour autant que la société et, en son sein, ses différentes cellules, de la personne à la famille, à la cité, aux regroupements divers, ne sont pas parvenus à satisfaire les différents besoins* »⁸⁰².

L'approximation du principe de subsidiarité en droit de l'Union provient également de la notion de compétences exclusives. Nous l'avons dit, le principe de subsidiarité n'a vocation à s'appliquer qu'aux compétences partagées entre les États membres et la Communauté. Ainsi, tout ce qui a trait aux compétences exclusives de la Communauté ne peut recevoir d'application du principe de subsidiarité.

Comme le souligne Christian de La Malène, la Commission européenne, dans une communication du 27 octobre 1992 pour la préparation du Conseil européen d'Edimbourg, considère que la notion de compétences exclusives comprend deux éléments⁸⁰³. Le premier est un élément fonctionnel. La Communauté a l'obligation d'agir en ce qui concerne certaines missions. Le deuxième élément est matériel et selon lui, les États membres ne peuvent intervenir unilatéralement dans les domaines de compétence

⁸⁰¹ « Pour être justifiée, une action de la Communauté doit répondre aux deux aspects du principe de subsidiarité : les objectifs de l'action proposée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par l'action des États membres dans le cadre de leur système constitutionnel national et peuvent être mieux réalisés par une action de la Communauté », Point 5 du protocole du Traité d'Amsterdam « Sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ».

⁸⁰² Frédérique Suquet, *La légitimité démocratique de l'Union européenne*, Toulouse, 2003, p. 279.

⁸⁰³ Christian de La Malène, *L'application du principe de subsidiarité*, Les rapports du Sénat, 1996-1997, n°46, p. 17.

exclusive de la Communauté. Toutefois, cette conception semble devoir être largement mesurée et relativisée⁸⁰⁴.

En effet, un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 22 mai 1985 relatif à la politique des transports⁸⁰⁵ (domaine faisant partie des compétences exclusives de la Communauté) a indiqué qu'il existait une distinction entre les obligations d'agir pouvant faire l'objet d'une sanction par un recours en carence et les obligations dont la nature était trop vague et pas assez définie pour qu'un tel recours soit possible. Il semblerait qu'un cas de compétence exclusive de la Communauté ne soit véritablement envisageable que lorsque celle-ci doit agir, et ne peut le faire qu'en dessaisissant complètement les États membres. Toutefois, ce genre de cas ne souffre pas d'occurrences très élevées. Ainsi, il apparaît que le principe de subsidiarité pouvait être applicable aux matières relevant du champ des compétences exclusives de la Communauté⁸⁰⁶.

En définitive, la notion de compétences exclusives n'est pas précisément délimitée et cela, de manière à laisser une large part d'interprétation⁸⁰⁷. Ceci a des conséquences importantes sur le principe de subsidiarité, qui ne pourra être appliqué de façon claire et certaine et dont les frontières seront dépendantes de l'interprétation de la notion de compétences exclusives, selon les cas. Le principe de subsidiarité, du fait de la marge d'appréciation dont il va faire l'objet, peut donc davantage être vu comme un principe politique que juridique⁸⁰⁸.

Il ressort de ces constatations et de ces analyses que le principe de subsidiarité a une portée et une conception tout à fait particulière au sein de l'Union européenne. Il conviendrait même de parler de « *conception européenne* » de la subsidiarité. Tentons une esquisse de sa caractérisation à quelques éléments majeurs.

⁸⁰⁴ Voir Koen Lenaerts et Patrick van Ypersele, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *Cahiers de droit européen*, 1994 (n°1-2), pp. 13 à 33.

⁸⁰⁵ CJCE du 22 mai 1985, *Parlement européen c/ Conseil des Communautés européennes*, aff. 13/83, Recueil 1985, p. 1513.

⁸⁰⁶ Voir Jean-Louis Clergerie, *Le principe de subsidiarité*, Paris, Ellipses, 1997, p. 114.

⁸⁰⁷ Voir dans ce sens Thomas O. Hueglin, « From Constitutional to Treaty Federalism: A Comparative Perspective », *The Journal of Federalism*, 30 : 4, Fall 2000, pp. 144-145.

⁸⁰⁸ Voir pour une analyse du caractère politique de la subsidiarité Christine Delcourt, « Du traité constitutionnel au traité de Lisbonne : quelles évolutions pour les institutions parlementaires? », in *Le traité de Lisbonne reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruxelles, Bruylant, (2009), pp. 86 à 90.

Tout d'abord, il apparaît que la subsidiarité ne régit aucunement la répartition des pouvoirs. Elle n'apparaît pas comme un principe essentiel et fondamental sur lequel la répartition des pouvoirs se réfère. Au contraire, la subsidiarité ne fait que s'appliquer, s'adapter à la configuration mise en place par les traités. Les traités ne répartissent pas les compétences de façon manifeste pour la simple et bonne raison que leur objectif n'est pas de créer un ensemble bien défini et « fermé », mais simplement d'atteindre des objectifs fixés par ces mêmes traités. L'ouvrage de Guy Isaac et de Marc Blanquet, indique ainsi que le principe de subsidiarité est un principe « *régulateur de l'exercice des compétences et non un principe d'attribution de compétence* »⁸⁰⁹. C'est bien ce que confirme la Commission qui explique que « *le principe de subsidiarité ne détermine pas les compétences qui sont attribuées à la Communauté. (...) Il s'agit cependant d'un principe régulateur important de l'exercice de ces compétences* »⁸¹⁰. Le Parlement, le Conseil et la Commission reconnaissent ainsi que le principe de subsidiarité vise à « *régir les modalités d'exercice des compétences reconnues aux institutions communautaires par les traités, afin de leur permettre d'atteindre les objectifs prévus par ceux-ci* »⁸¹¹.

Ensuite, son application reste assez limitée. En effet, le principe de subsidiarité ne s'applique que dans le cadre de compétences partagées, même si quelques rares cas existent en ce qui concerne les compétences exclusives de la Communauté. De plus, il ne s'applique qu'au seul domaine économique. Le protocole n° 30 du *Traité d'Amsterdam* énonçait ainsi que : « *le principe de subsidiarité donne une orientation pour la manière dont ces compétences doivent être exercées au niveau communautaire. La subsidiarité est un concept dynamique qui devrait être appliqué à la lumière des objectifs énoncés dans le traité. Il permet d'étendre l'action de la Communauté, dans les limites de ses compétences, lorsque les circonstances l'exigent et, inversement, de la limiter et d'y mettre fin lorsqu'elle ne se justifie plus* »⁸¹².

Ainsi, le principe de subsidiarité recouvre bien, dans son acception européenne, un caractère régulateur et non d'attribution de compétence. Il a donc bien un sens différent de ceux donnés dans les systèmes fédératifs canadien, étasunien et brésilien. Tout en

⁸⁰⁹ Guy Isaac et Marc Blanquet, *Droit communautaire général*, 8^{ème} éd., Paris, Armand Colin, 2001, p. 46.

⁸¹⁰ Bulletin des CE, n°10-1992, p. 122.

⁸¹¹ Bulletin des CE, n°10-1993, p. 129.

⁸¹² Protocole (n° 30) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, *Journal officiel des Communautés européennes*, 10.11.1997, n° C 340, p. 105.

permettant de confirmer le caractère fédératif de l'Union européenne, dans la question de la répartition des compétences, cela conduit à renforcer le caractère essentiel de la subsidiarité dans la logique fédérative, sans pour autant en faire un *modèle* fixe et établi.

E) La teinte fédérative du principe de subsidiarité

Pour apporter un dernier élément de justification à la signification particulière de la subsidiarité en Union européenne, tout en ayant une saveur fédérative, nous allons montrer ici que la subsidiarité, en droit de l'Union, n'a pas pour vocation de répartir les compétences entre les différentes instances. Elle a plutôt pour intérêt de réguler l'exercice de ces compétences, comme dans les pays à forme fédérative que nous avons analysés dans cette section.

Lors de la conférence intergouvernementale sur l'union politique en 1991, l'article A, ensuite dénommé article 1, va faire l'objet de plusieurs rédactions.

La première (rédaction) sera exprimée de la manière suivante : « *le présent traité marque une nouvelle étape dans le processus graduel menant à une Union à vocation fédérale* »⁸¹³. Si cet article fut changé pour faire disparaître tout terme relatif au fédéralisme de manière à ne pas déplaire et à éviter une source de mécontentement⁸¹⁴, l'idée sous-tendue par la notion de subsidiarité et par la mise en place du principe de subsidiarité perdure. En effet, si le mot fut changé, l'idée resta.

Ainsi, si les « *Pères fondateurs* » croyaient et souhaitaient se diriger vers une Fédération, le mot ne pouvait pas apparaître comme tel, sous peine d'apeurer, voire de rebuter une partie des États membres. Le principe de subsidiarité, présent dans les traités, a donc recouvert une signification particulière. Il ne répartit aucunement les compétences au sein de la Communauté, mais va réguler l'exercice de ces compétences⁸¹⁵. Par conséquent,

⁸¹³ Article A-2, *Projet de Traité sur l'Union* (document de référence de la présidence luxembourgeoise), Conférence des représentants des gouvernements des États membres - Union politique - Union économique et monétaire, CONF-UP-UEM 2008/91.

⁸¹⁴ L'article A fut ensuite rédigé de la façon suivante : « *Le présent traité marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens* ».

⁸¹⁵ Le rapport intérimaire fait au nom de la commission institutionnelle sur le principe de subsidiarité indique qu'« *il faut observer que le principe de subsidiarité peut apparaître sous deux angles différents : au niveau de la définition des compétences (contenu de l'action à mener) et dans l'exercice des compétences (quel est le niveau compétent pour la mise en œuvre)* ». Document de séance A3-163/90, p. 7.

pour atteindre le *résultat final* qu'est la *Fédération européenne*, les compétences de l'Union ont été déterminées en fonction d'objectifs à atteindre. Ces derniers ne sont énumérés qu'en termes généraux de manière à permettre une interprétation large et extensive. Cela a permis, lors des différentes révisions des traités, d'étendre les objectifs de la Communauté à des domaines faisant partie, auparavant, de la compétence des États.

Ainsi, il est possible de noter, comme le fait M. Valéry Giscard d'Estaing, rapporteur du rapport sur « *le principe de subsidiarité* » que : « *(l)a Communauté n'agit que pour mener les tâches qui lui sont confiées par les traités et pour réaliser les objectifs définis par ceux-ci. Au cas où des compétences ne sont pas exclusivement ou pas complètement dévolues à la Communauté, celle-ci, dans la mise en œuvre de son action, agit dans la mesure où la réalisation de ces objectifs exige son intervention parce que leurs dimensions ou leurs effets dépassent les frontières des États membres ou peuvent être entrepris de manière plus efficace par la Communauté que par les États membres oeuvrant séparément* »⁸¹⁶.

L'acception du principe de subsidiarité dans le cadre de la Communauté européenne a donc bien un sens particulier. La teinte fédérative, posée par les « *Pères fondateurs européens* » est bien présente et maintient le principe de subsidiarité dans un cadre fédératif, ou peut-être *fédéralisant*. Néanmoins, le fait que ce principe ne soit pas un principe d'attribution des compétences de chaque entité – institutions et États membres –, mais bien un principe régulant l'exercice des compétences, donne au principe de subsidiarité, tel qu'entendu au sein de l'Union européenne, une signification particulière.

Si la subsidiarité garde les idées qui l'ont originellement sous-tendue, comme celles de secours, de suppléance ou de secondarité, elle a vu son sens évoluer et s'orienter vers l'idée de solidarité tout en maintenant l'autonomie. Le concept de subsidiarité reste néanmoins un concept complexe, pouvant se rapporter, selon les cas, à des idées contradictoires. Il peut sous-entendre l'ingérence lorsque l'idée de secours est davantage mise en avant. Il peut également impliquer l'inverse et protéger de toute ingérence quand c'est la notion de suppléance qui prévaut. Le tout est de savoir quand et comment le choix entre l'une des deux idées est fait.

⁸¹⁶ Rapport de la commission institutionnelle « sur le principe de subsidiarité », A3-0267/90, p. 4

CONCLUSION

La subsidiarité est un aspect important de la logique fédérative. Si elle n'est pas formellement reconnue dans toutes les Fédérations, son application est manifestement présente. Cependant, les conceptions divergent quelque peu selon les Fédérations. Cela en fait donc une notion complexe. La complexité de la notion de subsidiarité est d'autant plus révélatrice qu'elle a une application particulière dans les quatre cas étudiés dans ce travail.

Nous l'avons vu, c'est la notion d'efficacité qui est mise en avant par le Canada dans sa conception de la subsidiarité, alors qu'au Brésil, c'est la notion d'aide qui prévaut. Aux États-Unis, par contre, c'est bien l'idée d'autonomie qui prévaut dans la conception de la subsidiarité. Dans le cadre européen, bien qu'elle soit reconnue par les textes, à la différence des trois autres cas, la subsidiarité n'a qu'un caractère d'orientation, limité aux compétences concurrentes et ne s'appliquant qu'aux relations entre la Communauté et les États membres. Sa reconnaissance, bien qu'officielle, reste vague et imprécise de manière à laisser une marge d'appréciation et d'action à la Communauté. Il peut donc être considéré qu'un *modèle* de reconnaissance ou d'application de la subsidiarité ne puisse être identifié.

L'analyse de ces quatre cas nous conduit à tirer deux types de conséquences.

La première conséquence amène à comprendre que le principe de subsidiarité n'est pas un principe officiellement reconnu par les trois Fédérations que sont le Brésil, le Canada et les États-Unis. Le Pacte fédératif prévoit la répartition des compétences entre les différentes instances et un équilibre des pouvoirs permettant l'intervention d'une autre instance que celle qui est compétente en cas de défaillance. Toutefois, la subsidiarité en tant qu'idée existe donc bien. Elle n'est simplement pas matérialisée par une norme.

La seconde conséquence que nous tirons est une conséquence logique de la première. Si l'Union européenne reconnaît le principe de subsidiarité dans ses textes officiels, c'est bien que la répartition des compétences entre les institutions et les États membres n'est pas assez claire ou suffisamment établie.

Si la subsidiarité n'est pas matériellement reconnue dans les textes normatifs des trois Fédérations américaines, elle fait partie des éléments composant l'idée de fédéralisme. Nous pensons que la subsidiarité doit être vue comme un *outil*, c'est-à-dire

un instrument servant à construire la Fédération et pouvant être utilisé selon des modalités variables en fonction des cas. Cet *outil* fédératif qu'est la subsidiarité en tant que principe fondamental mis en place par la répartition des compétences et l'équilibre des pouvoirs – et non en tant que principe purement et simplement reconnu par les textes constitutionnels –, apparaît faire partie des éléments structurants du fédéralisme. Néanmoins, le fait qu'elle soit une conséquence de la répartition des compétences n'en fait pas, selon nous, un *outil* pouvant entrer dans la **définition** moderne et contemporaine du fédéralisme, même si elle en représente un *outil* essentiel.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

L'étude de la question financière au sein des Fédérations ainsi que de la question de la subsidiarité viennent confirmer les conclusions que nous avons pu tirer du titre premier de cette première partie. Il n'existe pas de cadre et d'organisation semblables ou analogues dans les trois Fédérations américaines. L'existence d'un *modèle* est donc à écarter pour les éléments que nous venons d'analyser. Cependant, les éléments analysés dans les chapitres de ce second titre représentent des *outils fédératifs*.

Le premier chapitre de ce second titre démontre d'abord qu'il n'existe pas de règles générales appliquées et respectées de manière identique dans les Fédérations étudiées. L'organisation des compétences financières par l'agencement des systèmes fiscaux varie dans chaque Fédération. Si la question de la maîtrise des ressources suit une tendance centralisatrice dans les trois Fédérations, le degré de maîtrise de chaque entité ainsi que les moyens qui ont été employés pour tendre vers ce résultat sont différents. Il ne peut donc être constaté de cadre commun à l'organisation des finances publiques et des pouvoirs financiers et par là même de *modèle* d'organisation des pouvoirs financiers. Néanmoins, nous considérons que la question de l'organisation des pouvoirs financiers représente un *outil* se retrouvant dans les trois Fédérations américaines. Cet *outil* est un élément essentiel dans la **définition** du fédéralisme.

Le second chapitre est également révélateur de la particularité de chaque Fédération par la question de la subsidiarité. L'étude de l'origine de la subsidiarité et de l'évolution de sa conception a prouvé qu'il existait, au sein des Fédérations canadienne, étasunienne et brésilienne, diverses perceptions de celle-ci. Ces diverses perceptions ont conduit à reconnaître des sens et des applications quelque peu variables selon les cas. Il a été démontré que la subsidiarité n'existe pas en tant que norme dans les textes constitutionnels des trois Fédérations américaines. Elle existe pourtant bel et bien en tant qu'idée venant compléter la répartition des compétences prévues par le Pacte fédératif. La subsidiarité peut donc être vue comme un *outil* qui pourrait être utilisé dans chaque Fédération mais pour servir à des degrés divers et selon des conditions variables selon le sens que l'on a voulu lui donner. Toutefois, la subsidiarité étant un instrument de régulation des compétences législatives et financières, son importance ne peut la conduire à être intégrée à la **définition** du fédéralisme.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

La première partie de ce travail a permis de cerner le fédéralisme par l'analyse de premiers éléments structurants ainsi que de replacer sa **définition** et son véritable sens dans l'esprit de nos lecteurs. Pour cela, nous avons souhaité revenir aux origines du fédéralisme, tel qu'il a été pensé par le juriste allemand Althusius. Son principal ouvrage sur le fédéralisme, *De Politica Methodice*, présente la société telle qu'Althusius la pensait, selon une organisation nouvelle et qui a véritablement fondé la logique fédérative. Sa conception du fédéralisme ne correspond pourtant pas, point pour point, à la mise en œuvre du fédéralisme, telle que nous pouvons la connaître aujourd'hui. Si des caractères se retrouvent aujourd'hui, il est impossible de dresser un *modèle* correspondant aux conceptions althusienne et actuelle. La création des États-Unis d'Amérique et d'une Fédération *nouvelle* et *originale* a relancé la pensée du fédéralisme. Nous sommes passés d'une conception *originelle* à une conception *moderne*. Après avoir posé les bases du fédéralisme, nous avons analysé les Fédérations canadienne, étasunienne et brésilienne selon trois aspects essentiels de la logique fédérative : l'organisation des compétences législatives et exécutives, l'organisation du pouvoir financier et la subsidiarité (venant compléter la répartition des compétences en tant que principe à l'existence propre et aux buts pouvant varier). Ces trois aspects essentiels constituent des éléments structurants du fédéralisme. Cette analyse, qui s'est faite dans le but de rechercher si un *modèle fédératif* était identifiable, a permis de constater que chacune de ces trois Fédérations avait construit son organisation selon des formes variées. La diversité de la mise en œuvre de ces éléments propres au fédéralisme a conduit à conclure qu'il n'existait pas de *modèle fédératif* en l'état actuel de notre étude. Pour autant, l'analyse de l'organisation des compétences législatives, exécutives et financières établies différemment selon les Fédérations nous a conduit à considérer que si un *modèle* ne pouvait être dessiné, ces éléments essentiels de la logique fédérative se retrouvaient malgré tout dans chaque Fédération. Les conclusions tirées du chapitre second du titre second de cette première partie ont souhaité montrer que ces éléments (ou aspects) essentiels de la logique fédérative (organisation des pouvoirs législatifs et exécutifs, financiers) pouvaient être vus, non pas comme des éléments immuables et définis, mais comme des techniques utilisées selon des moyens variables et selon des

volontés téléologiques diverses. Nous avons donc qualifié ces instruments modulables d'*outils fédératifs*. Ceux-ci, du fait de leur importance du point de vue de la logique du fédéralisme ainsi que de leurs mises en œuvre dans les trois Fédérations analysées, en font deux éléments de la définition du fédéralisme que nous souhaitons donner.

À l'inverse, si la subsidiarité fait partie des éléments essentiels de la logique fédérative et constitue également un *outil fédératif*, la diversité de ses conceptions ou de ses mises en œuvre et principalement son caractère secondaire à la répartition des compétences législatives et exécutives, ne conduit pas à l'intégrer à la **définition** du fédéralisme.

La seconde partie de ce travail va donc poursuivre le chemin pris dès le début de cette première partie en continuant à analyser des éléments essentiels de la **définition** du fédéralisme de manière à savoir si un *modèle* peut être identifié ou si ces éléments fédératifs sont davantage des *outils* qui se retrouveront dans chaque Fédération mais qui seront utilisés différemment selon les cas.

Seconde partie

La reconnaissance d'une définition du fédéralisme par l'existence d'*outils fédératifs*

Les analyses de la première partie de ce travail nous ont conduit à voir qu'il ne pouvait être constaté de *modèle fédératif*⁸¹⁷ suivant l'étude de trois aspects essentiels du fédéralisme *moderne*, à savoir l'organisation des compétences législatives et exécutives, l'organisation des pouvoirs financiers et la subsidiarité. Nous avons pu constater également que le fédéralisme *moderne* ne trouvait que peu de points identiques avec le fédéralisme *originel* et donc qu'un *modèle* ne pouvait se dessiner entre les deux. Tout en poursuivant l'étude de la **définition** du fédéralisme et de l'existence (ou non) d'un *modèle fédératif*, nous chercherons à savoir s'il n'est pas plutôt préférable de penser que seuls des *outils fédératifs* peuvent constituer une définition plus juste du fédéralisme.

Cette seconde partie sera organisée en deux temps. Un premier temps mettra en exergue l'importance fondamentale de l'idée de contrat dans la logique fédérative. La logique contractuelle semble recouvrir un rôle capital puisque le contrat est à l'origine de la création du Pacte fédératif. C'est ce qui ressort de la conception *originelle* du fédéralisme. La logique contractuelle permet également de régler la question de la souveraineté, aspect crucial dans toute Fédération. Ces deux éléments que sont le contrat et la souveraineté sont des éléments structurants du fédéralisme et doivent faire l'objet d'une étude dans le cadre d'une définition du fédéralisme. Un second temps montrera que si le fédéralisme est quasi unanimement vu selon une logique dialectique de recherche d'équilibre, il n'en est rien, en réalité. Il nous paraît plus juste de parler de logique dialogique. Cette logique permettrait d'envisager les relations entre les forces politiques et sociales selon une approche différente, organisée dans un esprit de

⁸¹⁷ Le modèle est entendu dans ce travail comme un ensemble de traits principaux, transposé dans différents États, s'imposant comme étant la référence. Le modèle repose donc sur l'expérience, l'existence *a priori* d'un modèle déjà construit. Voir la définition posée à la page 21 de l'introduction.

balancement et d'alternance et non pas d'équilibre, qui n'est jamais atteint. Cette logique sera donc envisagée sous l'angle de la coexistence et des rapports entre les quatre principes de coopération, séparation, autonomie et participation. Puis, elle sera envisagée dans le cadre du rapport de forces de centralisation et de décentralisation. Ces aspects représentent, également, des éléments structurants de la logique fédérative.

Le premier titre fera ainsi l'analyse de l'importance du contrat dans la création et l'organisation de la Fédération ainsi que le constat du caractère contractuel de la vision de la souveraineté dans la logique fédérative. Le contrat semble être à la base de la Fédération en ce que sa logique servira à établir le pacte qui sera ensuite à l'origine de la constitution fédérative. C'est également la logique contractuelle qui servira à envisager la gestion de la souveraineté. Celle-ci appartiendra aux différents ordres de gouvernement qui en détiendront chacun une partie selon la répartition des compétences prévue et consentie (**Titre premier**).

Le second titre tentera de démontrer que le fédéralisme n'est pas régi par une logique dialectique, comme cela est généralement considéré, mais selon une logique dialogique car le balancement des multiples forces composant toute Fédération ne trouve pas d'équilibre. Cette logique dialogique est fondamentale dans la logique fédérative car elle organise notamment les grands principes du fédéralisme : la séparation, l'autonomie, la coopération et la participation. La logique dialogique organise également les relations entre les ordres de gouvernement et les tendances centralisatrices et décentralisatrices (**Titre second**).

La seconde partie de ce travail fera donc ressortir deux *outils fédératifs* fondamentaux : l'*outil contractuel* et l'*outil dialogique*. Ces deux *outils* serviront à compléter la **définition** du fédéralisme. Cela mettra ainsi un terme à l'idée d'existence d'un *modèle fédératif* en expliquant qu'il existe bien plutôt des *outils fédératifs* qui se retrouvent dans chaque Fédération et qui sont utilisés différemment selon chacune d'entre elles.

Titre premier

Les fondements du système de type fédératif : l'*outil contractuel*

Titre second

L'application du système de type fédératif : l'*outil dialogique*

Titre premier

Les fondements du système de type fédératif : *l'outil contractuel*

Un travail de recherche sur la définition du fédéralisme et notamment sur l'origine de celui-ci ne peut ignorer le caractère contractuel régissant la logique fédérative. Cela est d'abord manifeste dans la rencontre des diverses communautés qui composeront la future Fédération qui s'entendront sur un but commun. C'est ensuite identifiable dans l'organisation de la nouvelle entité fédérative créée qui fera l'objet d'un accord entre les membres de la Fédération⁸¹⁸. C'est enfin évident dans toute l'évolution des relations au sein de la Fédération qui sera organisée selon une logique contractuelle.

Ce premier titre sera divisé en deux temps. Un premier temps sera consacré à l'étude du fondement contractuel de la formation de la Fédération. Ce premier chapitre s'arrêtera sur le caractère contractuel de la formation de la Fédération ainsi que sur le Pacte fédératif, véritable contrat établissant et organisant la Fédération (**chapitre premier**).

Le second temps de ce titre premier étudiera le caractère synallagmatique et commutatif de la création de la Fédération par la question de la divisibilité de la souveraineté. Ce chapitre fera une analyse de la conception althusienne de la souveraineté, qui a fondé la logique fédérative (**chapitre second**).

Ce premier titre mettra donc en avant l'importance de *l'outil contractuel* de la logique fédérative et par conséquent dans la **définition** du fédéralisme. Nous tenterons de montrer que si le fédéralisme ne peut être défini selon un *modèle* précis du fait de sa nature de système, il peut pour autant être identifié par des *outils fédératifs*, notamment *contractuels* qui se retrouveront dans toutes les Fédérations.

⁸¹⁸ Le caractère contractuel est également présent en cas de création de Fédération par dissociation car les entités qui deviendront ensuite des États membres de la future Fédération manifestent leur volonté de faire partie de celle-ci. Voir le cas de la Fédération brésilienne, par exemple.

Chapitre premier

Le fondement contractuel dans la formation de la Fédération : le Pacte fédératif

Chapitre second

**Le caractère synallagmatique et commutatif dans la création de la Fédération : la
délégation d'une partie de la souveraineté**

CHAPITRE PREMIER

LE FONDEMENT CONTRACTUEL DANS LA FORMATION DE LA FÉDÉRATION : LE PACTE FÉDÉRATIF

Le droit est un moyen d'organisation de la vie sociale et de coordination des comportements. Pour réaliser ces deux types d'objectifs, il peut prendre la forme de la loi ou bien du contrat. Si la loi représente « *l'acte d'autorité exprimant le pouvoir de commandement de l'État, (...) (elle) est placée sous le double sceau de l'unilatéralité et de la généralité* », le contrat, au contraire, « *est fondé sur les principes de liberté et d'égalité des parties qui ont la faculté de décider des formes et des limites de leurs engagements réciproques* »⁸¹⁹. Ainsi, le rapport entre la loi et le contrat n'est aucunement d'opposition, mais de complémentarité, créant une situation dialectique. On note aujourd'hui un développement de la logique contractuelle dans la plupart des sphères juridiques, notamment dans la sphère de l'action publique, mais l'idée de contrat a depuis longtemps organisé la société et notamment prévu les règles de la formation de celle-ci. La logique contractuelle et son développement ont des conséquences également en ce qui concerne le droit conventionnel avec la multiplication des conventions, des chartes, des pactes ou des quasi-contrats. C'est ce que nous souhaitons souligner dans ce chapitre, notamment dans une perspective fédérative puisque le contrat semble être à la base de ce type d'organisation⁸²⁰. Il représente ainsi l'un des aspects fondamental et structurant du fédéralisme.

Dans la perspective de l'établissement d'une grille de lecture du fédéralisme et de la **définition** de celui-ci, l'étude de la formation de la Fédération ne peut être écartée du

⁸¹⁹ Pour les deux citations, Jacques Chevallier, « Souveraineté et droit », in Dominique Maillard Desgrées du Loû (sous la dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Actes de colloque, Paris, Montchrestien, 2006, p. 214.

⁸²⁰ Georges Scelle, *Précis de droit des gens*, 1^{ère} partie, Paris, Sirey, 1932, p. 187.

champ d'étude. Cette étape de formation est fondamentale car elle détermine le Pacte fédératif, c'est-à-dire son contenu, son but, ses parties contractantes et la forme d'organisation donnée à la Fédération. Le Pacte fédératif est dominé par la logique contractuelle car il est le fruit d'une entente et de la rencontre des volontés qui créeront la Fédération.

Ainsi, ce chapitre visera à mettre en valeur l'importance du contrat dans la définition du fédéralisme. Il conduira à étudier le contrat et sa manifestation dans la formation de la société de *type* fédératif pour démontrer qu'il est un élément fondamental dans la formation de la Fédération et donc de sa définition (**section 1**), puis il cherchera à analyser le Pacte fédératif pour le voir comme un contrat créant la Fédération (**section 2**). Ce chapitre expliquera l'importance du contrat dans la logique fédérative tout en illustrant les diverses modalités pouvant exister dans son utilisation.

Section 1 Le contrat et sa manifestation dans la formation de la société

Dans cette section, nous allons étudier le concept de contrat afin de saisir son importance dans la logique fédérative. Dans notre étude de la **définition** du fédéralisme, le contrat revêt une place essentielle dans les trois Fédérations américaines. Avant tout développement, il s'agira de définir la notion de contrat. L'étude du contrat dans la formation des Fédérations étasunienne, canadienne et brésilienne, pour être comprise, doit être considérée dans une perspective fédérative. Pour cela, le contrat doit être défini selon les conceptions française et anglo-saxonne qui ont servi de références à la conception fédérative du contrat (§1). Après avoir défini la notion de contrat, nous analyserons le rôle et l'importance du contrat dans les mécanismes de formation des sociétés de type fédératif (§2).

§ 1 Définitions française et anglo-saxonne du contrat

Pour traiter du caractère contractuel de la Fédération, notamment dans son processus de formation, il nous semble nécessaire de définir la notion de contrat. Toutefois, notre champ de recherche prenant en compte des systèmes anglo-saxons, il nous paraît impossible de ne pas étudier, également, la définition et la conception anglo-saxonnes du contrat. De plus, la traduction du mot français *contrat* ainsi que celle du mot *convention*

pouvant varier dans la langue anglaise, nous ne pouvons nous limiter au seul terme de *contract* et nous verrons aussi les sens des mots *convention* ou *agreement*.

Nous verrons dans un premier temps la conception française du contrat et de la convention (A), pour analyser ensuite, la conception anglo-saxonne du contrat (B).

A) La conception française du contrat et de la convention

Gérard Cornu, dans son ouvrage Vocabulaire juridique, définit le contrat de plusieurs manières. Il l'envisage comme « *(p)arfois synonyme de convention ; en ce sens et en tant que manifestation d'autonomie de la volonté individuelle, s'opposant traditionnellement à loi et jugement* »⁸²¹.

Pour Jean-Luc Aubert, deux constantes qui nous intéressent peuvent être dégagées dans la notion de contrat⁸²². Premièrement, il existe une production d'obligations entre les parties. Cet aspect obligatoire crée une contrainte envers les contractants qui ne peuvent s'y soustraire de manière arbitraire. Deuxièmement, le contrat est la conséquence d'un accord de volontés, résultant d'un consentement réciproque des parties. Les conditions du contrat sont l'existence d'un consentement libre et éclairé. La liberté est ici entendue comme la liberté, la possibilité de décider. Cette liberté consiste à décider ou non de contracter et de plus, de choisir le contractant. Pour la majorité des civilistes et Yvaine Buffelan-Lanore, l'élément essentiel des conditions de validité (et non d'existence) du contrat est le consentement⁸²³. Le consentement se compose de la manifestation de volonté et de l'accord des volontés. La manifestation de la volonté peut se faire de manière expresse ou tacite et l'accord des volontés se manifeste lors de la rencontre entre l'offre et l'acceptation. Le contrat doit avoir un objet qui désigne l'opération juridique à réaliser. Cela se différencie de l'objet de l'obligation qui constitue la prestation promise. Cela représente donc une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire. Il faut également faire une différence avec l'objet de la prestation qui est le bien sur lequel porte la prestation. La cause est également importante puisqu'elle désigne la raison pour laquelle le contrat est formé.

⁸²¹ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Association H. Capitant, 2009, p. 231.

⁸²² Jean-Luc Aubert, *Le contrat – droit des obligations*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 19.

⁸²³ Yvaine Buffelan-Lanore, *Droit civil*, 10^{ème} éd., Paris, Sirey, 2006, p. 41.

Le Code civil définit le contrat aux articles 1101 à 1107. Néanmoins, une difficulté survient à la lecture du Code civil puisqu'il définit le contrat comme « *une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* »⁸²⁴. L'article 1102 indique que « *le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* ». Cela sera essentiel dans l'analyse que nous ferons dans ce chapitre concernant le caractère contractuel de la Fédération, puisque, lors de sa formation, les « *parties* » en présence vont s'engager à respecter des obligations les unes envers les autres. La théorie fédérative ne voyant aucune hiérarchie entre les différentes instances de gouvernement et considérant que les ordres fédéral et étatiques sont sur un pied d'égalité, il semble logique de considérer un engagement réciproque des parties créant la Fédération, dans lequel chaque partie (existante ou créée lors de la fondation de la Fédération) reçoit autant qu'elle laisse. Le contrat est alors considéré comme commutatif puisque « *chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle (...)* »⁸²⁵.

La convention, quant à elle, est définie à l'article 1108 du Code civil. Quatre conditions sont nécessaires pour que la convention soit valide. Il faut : « *Le consentement de la partie qui s'oblige ; (une) capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation* ». La convention est également définie comme : [le] « *nom générique donné au sein des actes juridiques – à tout accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque : créer une obligation, transférer la propriété, transmettre ou éteindre une obligation ; désigne en général l'acte juridique dans son ensemble par opposition aux clauses et stipulations qui le composent, lesquelles sont cependant, en un sens, des conventions. Parfois dans la pratique, l'écrit dressé pour constater l'accord* »⁸²⁶.

⁸²⁴ Article 1101 du Code civil français.

⁸²⁵ Article 1104 du Code civil français.

⁸²⁶ Gérard Cornu, *op. cit.*, p. 238.

Il semble donc qu'un contrat est une sorte de convention. Pour Muriel Fabre-Magnan, tout contrat est une convention, mais l'inverse n'est pas vrai⁸²⁷. L'accord de volontés se manifeste par l'échange des consentements. En *common law*, le contrat est perçu comme un marché ou une affaire (*bargain*), un échange de prestations. Ainsi, c'est davantage l'échange économique qui fait le contrat que l'accord de volontés. Le contrat est vu ainsi comme un échange de promesses.

Il ressort ainsi de ces définitions que la convention est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes ayant pour objet de créer des effets de droit quelconques. Le contrat, lui, est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, ayant pour objet précis de créer des obligations. Le contrat est donc un type de convention. Il crée une obligation entre les parties qui représente le lien entre les contractants⁸²⁸. La volonté de s'obliger est donc fondamentale et il doit exister une intention de contracter.

Analysons maintenant la conception anglo-saxonne du contrat pour voir les différences et les points communs avec la conception française du contrat et de la convention, afin de saisir sa définition dans son entièreté.

B) La conception anglo-saxonne du contrat

En anglais, le mot « *contrat* » peut se traduire de plusieurs manières. Il est possible de saisir la notion de contrat dans les termes « *agreement* » ou « *contract* ». Ainsi, selon le *Oxford Law Dictionary*, un « *agreement* » se définit comme : « *a legally binding agreement. Agreement arises as a result of offer and acceptance, but a number of others requirements must be satisfied for an agreement to be binding:*

- 1) There must be consideration (unless the contract is by deed)*
- 2) The parties must have an intention to create a legal relation. This requirement usually operates to prevent a purely domestic or social agreement from constituting a contract.*
- 3) The parties must have the capacity to contract.*
- 4) The agreement must comply with any formal legal requirements. In general, no particular formality is required for the creation of a valid contract. It might be oral,*

⁸²⁷ Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2010, p. 155.

⁸²⁸ Muriel Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 162.

written, partially oral and partially written, or even implied by conduct. Certain transactions are, however, only valid if effected by deed or in writing.

5) *The agreement must be legal.*

6) *The agreement must not be rendered void either by some common-law or statutory rules or by some inherent defect, such as operative mistake.*

7) *Certain contract, though valid, may be liable to be set aside by one of the parties on such grounds as misrepresentation of the exercise of undue influence »⁸²⁹.*

Le Jowitt's Dictionary of English Law définit, lui, l'« agreement » comme : « *A consensus of two or more minds in anything done or to be done.*

Agreement, in its widest sens, is where two or more persons concur in expressing a common intention with the view of altering their rights and duties.

When analysed, the essential marks of an agreement are these: there must be at least two persons; there must intend the same thing ; their intention must be communicated ; and the object of their intention must be such as will, when carried out, alter their legal position. The communication of intention may be formal or informal, simple or complicated, but it may always be reduced to the elements of a proposal made by one party and accepted by the other; so that until the proposal is absolutely accepted there is no agreement ; or there must be concurrence of both parties in a form of words expressing their common intention »⁸³⁰.

⁸²⁹ « Un accord juridiquement contraignant. L'accord survient à la suite de l'offre et l'acceptation, mais un certain nombre d'autres exigences doivent être remplies pour qu'un accord soit contraignant:

1) Il faut une bonne foi des parties (sauf si le contrat est un acte unilatéral)

2) Les parties doivent avoir l'intention de créer une relation juridique. Cette exigence fonctionne habituellement pour empêcher un accord purement domestique ou social de constituer un contrat.

3) Les parties doivent avoir la capacité de contracter.

4) L'accord doit être conforme aux exigences de forme juridique. En général, aucune formalité particulière n'est requise pour la création d'un contrat valide. Il peut être oral, écrit, oral et partiellement écrit, ou même suggéré, par la conduite. Certaines transactions ne sont toutefois valables que si elles sont effectuées par un acte ou par écrit.

5) L'accord doit être légal.

6) L'accord ne doit pas être frappé de nullité, soit par une union de fait ou de règles statutaires ou d'un vice inhérent, comme erreur de fonctionnement.

7) Certains contrats, bien que valides, peuvent être susceptibles d'être écartés par l'une des parties pour des motifs tels que des fausses déclarations à l'exercice d'une influence indue » (traduit par nous), Oxford Law Dictionary, 6th edition, Oxford, Oxford University Press, 2006.

⁸³⁰ « Un accord de volontés pour toute chose faite ou à faire.

Un accord, dans son sens le plus large, est la chose où deux ou plus personnes concourent à exprimer une intention commune en vue de modifier leurs droits et devoirs.

Dans ce cas, un « *agreement* » est davantage perçu comme un « *accord* » que comme un contrat.

Les auteurs anglo-saxons utilisent les termes de *compact* ou de *covenant* pour désigner le pacte fondateur de la Fédération. Daniel J. Elazar considère ainsi que l'idée fédérative repose sur une organisation établie par des « *covenants* », ou des « *compacts* »⁸³¹. Le second terme désigne un accord, un pacte entre deux ou plusieurs personnes, ou permettant l'organisation d'États⁸³². D'un point de vue historico-constitutionnel, ce terme fut utilisé par John C. Calhoun, célèbre homme politique étasunien ayant eu une importante influence sur l'interprétation de la Constitution fédérative étasunienne de 1787. Pour celui-ci, la Constitution était un *compact* entre les États membres de l'Union. Ce fut également le cas d'Albert Venn Dicey qui utilisait ce mot pour désigner une constitution fédérative⁸³³.

Le premier terme, c'est-à-dire le terme de *covenant* recouvre une signification très particulière pour le peuple étasunien, ayant un fort lien religieux et se rapportant, à son origine, à l'Alliance entre les hommes et Dieu, il fait référence par la suite à une alliance entre des hommes⁸³⁴. L'alliance a ici un caractère plus fort que le terme d'accord puisqu'elle est teintée d'une couleur religieuse, du moins à son origine. L'alliance implique donc un échange des volontés et la création d'engagements réciproques.

Il ressort donc de ces analyses que l'idée de convention et celle de contrat recouvrent, dans les définitions française et anglo-saxonne, les mêmes caractères essentiels, c'est-à-dire l'existence de parties, s'entendant sur un but commun et manifestant la volonté de le réaliser. Ces idées sont fondamentales dans la compréhension de la Fédération. Elles sont

Lors de l'analyse, les marques essentielles d'un accord sont les suivantes: il doit y avoir au moins une réunion de personnes, il y doit avoir l'intention de la même chose; leur intention doit être communiquée, et l'objet de leur intention doit être de modifier leur situation juridique. La communication d'intention peut être formelle ou informelle, simple ou compliquée, mais elle peut toujours être réduite aux éléments d'une proposition faite par une partie et acceptée par l'autre, de sorte que lorsque la proposition est acceptée, il doit y avoir accord des deux parties sous forme de mots exprimant leur volonté commune » (traduit par nous), Jowitt's Dictionary of English Law, second edition, volume 1 and 2, London, Sweet & Maxwell.

⁸³¹ Daniel J. Elazar, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, Université of Alabama Press, 1987, p. 33.

⁸³² « *formal agreement between two or more people, organizations or countries* », Cambridge dictionaries online (<http://dictionary.cambridge.org/>).

⁸³³ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, MacMillan & Co, 1902.

⁸³⁴ Voir Olivier Beaud, *Théorie de la fédération*, 2^{de} édition, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 113.

à l'origine de la création de la Fédération et représentent son essence même qui repose sur un échange de volontés, de consentements, d'un accord entre deux ou plusieurs entités qui concluront un pacte pour créer la Fédération.

L'idée de contrat, dans la notion de Fédération, se trouve dans son origine étymologique puisque le mot « *fédération* » provient du terme latin *foedus* qui signifie « *traité, pacte, convention, alliance* ». L'idée de contrat fait partie de la nature même de la Fédération : dans sa formation, d'abord, puis dans l'ensemble des relations entre les différentes entités. Il est aussi possible de rapprocher la notion de Fédération au mot latin *fides* qui désigne « *la foi, la confiance, la conscience, la promesse, la parole donnée, la protection, ou l'assistance* »⁸³⁵, des notions sous-tendues par la philosophie de la Fédération. L'union entre plusieurs États ne peut, en effet, se faire que par la promesse d'une alliance entre les diverses parties, s'engageant à se protéger mutuellement. Cela ne peut donc se faire que s'il existe une confiance entre chacun des membres et tout particulièrement entre les différentes communautés formant l'essence fédérative.

§ 2 Les conceptions contractuelles de la société de type fédératif

La conception contractuelle de la formation de la société est le fruit d'un grand nombre de réflexions. Limitant notre étude à une perspective fédérative, nous verrons les évolutions de la place du contrat dans la formation de la société telle qu'elle est développée par cinq grands penseurs de la théorie fédérative (A). Ces réflexions et ces théories conduiront à considérer le caractère contractuel de la formation de la Fédération, comme nous l'entendons aujourd'hui (B) et en tant qu'élément fondamental de la définition du fédéralisme.

A) La notion de contrat dans la formation de la société et son évolution dans une perspective fédérative

La notion de contrat dans la formation de la société est ancienne. Pour comprendre cette notion dans une perspective fédérative, il convient d'analyser les origines de la logique contractuelle à travers l'idée d'alliance, portée par la sémantique fédérative. L'alliance, dans la formation de la société, est d'abord religieuse et a été pensée dès le XVI^{ème} siècle

⁸³⁵ Félix Gaffiot, *Dictionnaire illustré latin-français*, Paris, Hachette, 1934, p. 665.

par un enseignant protestant helvétique, Heinrich Bullinger (1). Philippe Duplessis-Mornay, théologien et homme d'État français réfléchit sur l'idée d'alliance en lui donnant un double caractère, à la fois politique et religieux (2). Puis, le juriste Althusius développa cette idée, véritablement dans une perspective fédérative (3). Les penseurs anglais, Hobbes et Locke apportèrent également des réflexions sur l'idée d'alliance devenue un contrat (4). Puis, c'est le grand penseur politique français, Montesquieu, qui apporta sa contribution à l'idée de contrat dans la formation de la société (5).

1) L'idée originelle d'Alliance religieuse organisant la société chez Bullinger

Heinrich Bullinger vécut de 1504 à 1575 et eut la charge de responsable de l'Église réformée de Zurich dès 1531. Il fut à l'origine d'une idée de convention de réforme de l'Église protestante et, par là même, d'une théologie fédérative⁸³⁶. Pour lui, une alliance existe, elle est un cadre divin destiné aux humains, existant depuis l'origine du monde. Ce cadre se retrouve tant sur le plan religieux que dans la vie de tous les jours, et notamment dans le cadre des affaires.

Les idées d'alliance et de convention proviennent originairement, selon Bullinger, de l'alliance divine éternelle avec Adam, puis renouvelée avec Abraham. Cette alliance est de nature bilatérale et se rapporte à la recommandation que Dieu fit quand il dit à Abraham: « *Marche devant moi et sois intègre* »⁸³⁷. La doctrine Bullinger était donc étroitement liée à son point de vue sur la communauté chrétienne et à sa conception de la religion⁸³⁸. Néanmoins, Bullinger n'a pas cherché à créer une philosophie politique et son système contient quatre des cinq éléments communs de la définition politique de ce qui deviendra plus tard, le fédéralisme *originel*. Premièrement, il envisage une société dont la formation reposerait sur une alliance. Deuxièmement, il voit la justification de l'alliance dans la nature humaine. Troisièmement, il considère que la communauté a un rôle essentiel et est la base de tout le système religieux. Quatrièmement, il enseigne que la communauté doit être régie par la loi de Dieu. Cependant, il n'y a pas de freins et de contrepoids dans son système.

⁸³⁶ J. Wayne Baker, *Heinrich Bullinger and the Covenant: The Other Reformed Tradition*, Athens, Ohio University Press, 1980, 300 p.

⁸³⁷ Genèse 17,1.

⁸³⁸ J. Wayne Baker, « Faces of Federalism: From Bullinger to Jefferson », *Publius*, Fall 2000, p. 26.

Bullinger pose donc les premières bases théoriques et conceptuelles de la Fédération. Il bâtit la société sur une alliance, un pacte. Ce pacte a un caractère religieux, mais également politique, conclu entre le souverain et les Hommes sous la volonté divine. Ce pacte permettra de poser les bases de l'organisation de la société, comme c'est le cas dans la logique fédérative.

2) Le Pacte et la double Alliance chez Duplessis-Mornay

Philippe Duplessis-Mornay⁸³⁹ a, le premier, avancé l'idée d'un contrôle réel et de la destitution du souverain qui aurait violé le Pacte le liant à la communauté. Selon Duplessis-Mornay, le couronnement des rois peut être vu comme un double engagement⁸⁴⁰. Un premier engagement entre Dieu, le roi et le peuple et un second, entre le roi et le peuple. Pour le second engagement, le roi sera obéi si la règle qu'il édicte est appropriée. Le premier engagement est une alliance religieuse et le second est une alliance politique. Mornay voit dans cette perspective une double alliance, religieuse et politique. Dans son travail sur la double alliance, Mornay utilise les termes de *pactum* ou de *foedus* indifféremment pour dénommer l'alliance religieuse ou l'alliance politique. Pour lui, les deux pactes existent l'un et l'autre ensemble. Les deux sont liés. Par la première alliance, le roi promet d'obéir à Dieu et se soumet donc à une obligation religieuse. Par la seconde alliance qui, elle, est politique, le roi s'engage envers le peuple. Cette même idée d'alliance à la fois religieuse et politique fut utilisée également par Johannes Althusius au début du XVII^{ème} siècle.

3) Les accords et conventions formant la société chez Althusius

En 1603, lors de la parution de son ouvrage *Politica Methodice Digesta*, Althusius explique que la vie politique (dans son sens grec), c'est-à-dire la vie en société, doit résulter de conventions⁸⁴¹, pouvant revêtir un caractère religieux et/ou politique. Généralement, les deux existent de concert. Ainsi : « *(l)a politique est l'art de faire vivre ensemble des hommes dans le but d'instituer, de développer et de faire perdurer une vie sociale entre eux. Cela est appelé symbiotique. Le propre de la vie politique (au sens*

⁸³⁹ Théologien, homme d'État et écrivain français. Il vécut de 1549 à 1623 et fut un grand défenseur de la cause protestante réformée.

⁸⁴⁰ J. Wayne Baker, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁴¹ Johannes Althusius, *Politica Methodice Digesta*, ed. Frederick S. Carney, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 1995, chap. I § 4 à 6 et chap. XIX § 1 à 4.

grec) est l'association, qui se matérialise par une alliance explicite ou tacite, les symbiotes s'obligent à une mutualisation de tout ce qui est utile et nécessaire à l'harmonie et à l'activité productive de la vie sociale »⁸⁴².

Althusius développe ensuite les différents types de conventions qui existeront dans la société et qui formeront des communautés, qu'elles soient publiques ou privées, simples, mixtes, à une échelle locale, provinciale ou nationale⁸⁴³.

La société envisagée par Althusius est dénommée *consociatio symbiotica*. Cette vie en société met en place plusieurs sphères de tailles différentes. Dans chacune des sphères, des accords existent entre les individus et le groupe, ou bien entre les groupes. Ces accords se réalisent donc entre les citoyens et la cité, entre les cités et les régions, ou entre les régions et l'État. Chaque *partie* apporte quelque chose à l'autre pour que la vie en symbiose soit effective. Ainsi, en échange du respect des règles, de la contribution au travail et de la contribution financière des sphères inférieures, les sphères supérieures permettent une intégration à la société, une aide et une protection⁸⁴⁴. La logique contractuelle est donc clairement utilisée ici. Chaque partie s'engage à faire quelque chose pour l'autre en contrepartie de la réalisation par l'autre de ses obligations.

Nous l'avons dit, Althusius fonde la forme d'organisation politique qu'il préconise sur l'association entre les membres, mais également entre les hommes, eux-mêmes. La société est donc formée d'associations, formant des entités à plusieurs niveaux (local, régional et national, voire international), qui forment également une communauté plus large. Des engagements et des accords sont donc nécessaires pour former tous ces types d'associations et la communauté, ensuite. L'idée d'engagement, et par là même de contrat, est inhérente à l'idée de Fédération, telle qu'imaginée par Althusius. Celui-ci écrit : « *le lien social entre les membres de ce corps politique est l'accord (consensus) et la foi jurée entre les parties, c'est-à-dire la promesse tacite ou*

⁸⁴² Johannes Althusius, *op. cit.*, chap. I § 31.

⁸⁴³ Voir chapitre premier du titre premier de la première partie.

⁸⁴⁴ Frank Delmartino et Kris Deschouwer, « Les fondements du fédéralisme », in Centre d'étude du fédéralisme, *Le fédéralisme*, Bruxelles, De Boeck, 1994, p. 17.

expresse d'une communication des biens et des services, d'aide, de conseil, dans le droit commun requis pour l'utilité et les besoins de la vie sociale intégrale dans l'État »⁸⁴⁵.

Toutefois, le contrat est aussi présent au niveau national, c'est-à-dire entre les citoyens et les magistrats. Les éphores sont les représentants du peuple en tant que communauté intégrale, les gardiens de la constitution, et vont désigner et assister le magistrat suprême. Le magistrat suprême, lui, est détenteur du pouvoir exécutif, mais ne fait qu'exercer les droits qui en découlent en délégataire, puisque ces droits appartiennent à la communauté. Le magistrat s'engage vis-à-vis de la communauté à administrer dans l'intérêt de celle-ci⁸⁴⁶. Le contrat est donc doublement présent, puisqu'il existera un contrat entre la communauté et le magistrat suprême ayant pour objet la représentation de la communauté. Il existerait ensuite un second contrat qui se rapporterait, pour le magistrat suprême, à administrer la communauté. La notion de contrat est d'autant plus réelle que la communauté, considérée comme supérieure à tous ses représentants et notamment au magistrat suprême, devra remplir ses engagements au risque de voir sa fonction cesser. Un troisième contrat existe également entre les citoyens et les éphores qui sont élus pour les représenter.

Comme le confirment Frank Delmartino et Kris Deschouwer, « (e)n fait, les deux parties concluent un accord qui les lie toutes les deux. Si, par exemple, le prince rompt cet équilibre par un comportement absolutiste qui enfreint les droits des cités et régions, il est automatiquement déchu du trône »⁸⁴⁷. Le pouvoir est légitimité par la conclusion d'un Pacte entre les membres de la société ou des sphères et la consociatio symbiotica.

La société d'organisation « *de type fédératif* » imaginée par Althusius est donc fondée sur le contrat et la convention. Cette logique de convention se retrouve à tous les niveaux de la société et cette dernière ne peut exister sans contrat ni convention.

4) Les notions de contrat et de convention chez Hobbes et Locke

Les notions de contrat ou de convention sont aussi présentes dans les travaux de Hobbes ou de Locke. Le premier, dans le *Léviathan*, lie la notion de convention au rapport entre

⁸⁴⁵ Johannes Althusius, *op. cit.*, chap. IX §7.

⁸⁴⁶ « *C'est le magistrat qui s'engage vis-à-vis de la communauté intégrale à administrer l'État ou la république selon les lois prescrites par Dieu, la droite raison et l'État lui-même* », Johannes Althusius, *op. cit.*, XIX §7.

⁸⁴⁷ Frank Delmartino et Kris Deschouwer, *op. cit.*, p. 17.

Dieu et les Hommes. Il écrit dans ce sens : « *And whereas some men have pretended for their disobedience to their Sovereign, a new Covenant, made, not with men, but with God; this also is unjust: for there is no Covenant with God, but by mediation of some body that representeth Gods Person; which none doth but Gods Lieutenant, who hath the Sovereignty under God* »⁸⁴⁸.

Pour J. Wayne Baker, Hobbes développe une théorie politique qui intègre un certain nombre d'éléments propres au fédéralisme : la société est créée par une convention, le regroupement des Hommes en société est la conséquence de la nature malveillante de l'Homme à l'état de nature, la convention établie crée une communauté qui est régie par une loi commune qui est celle établie par le souverain⁸⁴⁹.

John Locke, lui aussi, développa une vision de la société basée sur le contrat. Sa vision de la société, de sa construction et des principes qui la fondent ou l'organisent, sont aussi, selon J. Wayne Baker, proches, voire propres à l'idée fédérale. Cinq éléments caractérisent ce parallèle :

- - une communauté politique,
- - une société reposant sur un contrat social ou une convention pour que les Hommes s'allient et sortent de l'état de nature,
- - une communauté remplaçant le jugement individuel,
- - un regroupement des Hommes en une communauté et l'accord d'être soumis à une loi commune basée sur le droit naturel,
- - une souveraineté ultime appartenant au peuple⁸⁵⁰.

Ces deux auteurs ont attiré notre attention sur la conception contractuelle de la société car ils ont, tous deux, apporté une vision relativement « fédérative » de la société. J. Wayne Baker confirme cela et considère que « *they are two faces of federalism in the second half of the seventeenth century. Locke agreed with all five of the common elements of federalism, but Hobbes accepted only four of them, hence, the differences in their*

⁸⁴⁸ Thomas Hobbes, *Leviathan*, ed. C. B. Macpherson, Baltimore, Penguin Books, 1968, p. 230.

⁸⁴⁹ J. Wayne Baker, « Faces of Federalism: From Bullinger to Jefferson », *Publius*, Fall 2000, p. 37.

⁸⁵⁰ J. Wayne Baker, *op. cit.*, pp. 25-42.

political philosophies »⁸⁵¹. Les deux penseurs utilisèrent les termes de « *covenant* » ou de « *contrat social* » pour organiser la communauté et la société.

5) Les prémisses de la logique contractuelle dans la formation de la société

Les idées d'accord et de consentement dans la logique fédérative avaient également été perçues par Montesquieu. Le livre IX de *l'Esprit des Lois* expose la théorie de la « *république fédérative* » qui consiste à associer des républiques de petite taille pour assurer une défense plus efficace contre des invasions ou des attaques d'États ou d'empires étrangers⁸⁵². Cette « *république* » résulte donc de la volonté d'association d'États ne pouvant assurer une défense convenable de par leurs ressources limitées et souhaitant continuer à exister. Montesquieu définit ainsi la « *république fédérative* » comme « *une convention, par laquelle plusieurs corps politiques consentent à devenir citoyens d'un État plus grand qu'ils veulent former. C'est une société de sociétés (...)* »⁸⁵³. La conception de « *république fédérative* » de Montesquieu saisit déjà l'idée fédérative à un double point de vue. Premièrement, en considérant que la Fédération n'est pas une entité qui se superpose aux États qui l'ont créée en les dominant, mais que si elle existe en tant que véritable entité, elle ne fait que s'ajouter aux entités qui la composent. C'est donc une association qui s'ajoute aux républiques déjà existantes, qui reste sur un même plan horizontal et qui ne créerait pas de relation verticale nouvelle. Deuxièmement, Montesquieu utilisait déjà les termes et les idées de « *convention* », d'association et de consentement. La logique fédérative repose donc pour l'auteur bordelais sur la libre convention et la volonté d'association, à la différence de la logique impériale qui ne laisse aucun choix aux États vaincus, qui ne font que se soumettre par obligation.

Comme nous l'avons indiqué auparavant, nous ne ferons pas référence à des auteurs comme Pufendorf, qui, même s'il a lui aussi réfléchi sur les idées de consentement ou de libre convention concernant la création de la Fédération, ne l'ont fait que sous l'angle de la souveraineté. Or, la conception de la souveraineté de ces auteurs étant une conception européenno-continentale, et dans la mesure où nous nous différencions de cette conception

⁸⁵¹ J. Wayne Baker, *idem*, p. 35.

⁸⁵² Montesquieu, *Esprit des Lois*, Paris, Gallimard, 1995, livre IX.

⁸⁵³ Montesquieu, *op. cit.*, pp. 287-288.

pour comprendre le phénomène fédératif⁸⁵⁴, nous n'exposerons pas les théories de certains grands penseurs du fédéralisme.

De nombreux penseurs politiques ont donc, assez tôt, considéré la nature contractuelle de l'organisation sociale. Bien avant la théorisation *moderne* du fédéralisme par les *Pères fondateurs* étasuniens. Cette importance du contrat est d'abord issue d'une conception religieuse du cadre social dans laquelle Dieu et les Hommes sont liés par un contrat qui organise les relations sociales. Par la suite, ce contrat religieux va prendre un caractère politique, centré sur les Hommes. Ce contrat, ou pacte, sera conclu entre les individus et leur souverain « *terrestre* », c'est-à-dire le roi. Puis, avec la construction de la société moderne, surgira un *peuple*⁸⁵⁵ qui gardera un lien *contractuel* avec les gouvernants.

B) Le caractère contractuel de la formation de la Fédération

La formation de la Fédération résulte d'un pacte passé entre plusieurs entités ayant une volonté commune (1) pour réaliser des buts communs (2).

1) L'existence de plusieurs entités et d'une volonté commune

La Fédération peut se caractériser comme une union volontaire et libre de plusieurs États, résultant d'une convention, d'un pacte. La finalité d'un type de Fédération est de s'associer pour offrir une plus grande résistance face à l'oppression ou à la guerre extérieure. Elle permet donc de créer une entité nouvelle dans laquelle plusieurs États membres décident d'une organisation à mettre en place, et de créer une force militaire plus importante. C'est la conception développée par Kant dans son ouvrage Vers la paix perpétuelle⁸⁵⁶. Dans cet ouvrage, le philosophe allemand envisage une Fédération mondiale qui permettrait de réduire les tensions internationales et de se diriger vers une paix mondiale et perpétuelle. La Fédération mondiale imaginée par Kant résulte d'un

⁸⁵⁴ Voir notre introduction sur l'approche que nous avons adoptée dans cette thèse et la différenciation entre la souveraineté telle que conçue par les penseurs européen-continentaux et les penseurs de tradition anglo-saxonne.

⁸⁵⁵ Les sociétés passeront d'une conception individuelle dans laquelle les individus étaient isolés les uns des autres, ayant des liens faibles avec leur petite communauté, à une conception plus « *communautaire* » dans laquelle les liens entre chacun seront de plus en plus importants, tant à une échelle locale que régionale puis nationale pour former ensuite un peuple aux intérêts communs et partagés.

⁸⁵⁶ Emmanuel Kant, *Vers la paix perpétuelle*. Que signifie s'orienter dans la pensée ? Qu'est-ce que les Lumières ?, Paris, Flammarion, 1991, 206 p.

« *contrat d'une association libre et permanente* »⁸⁵⁷ entre États. Pour Olivier Beaud, ce contrat n'est pas comparable au contrat social ni au traité de paix. Il se différencie du contrat social en ce que ce dernier va conduire à l'instauration d'un souverain qui sera au-dessus des citoyens et aura pour rôle de les conduire dans une certaine voie, alors que le contrat créant la Fédération ira, doublement, à l'inverse de cette direction⁸⁵⁸. D'abord, il n'aboutira à aucune création d'une entité supérieure, puisque l'entité fédérale n'est pas hiérarchiquement supérieure aux entités fédérées et ne jouit de compétences que dans des domaines précis, n'agissant pas dans les domaines des États membres. Ensuite, nous venons de le dire, aucune hiérarchie ne sera instaurée entre les membres à l'origine de la création de la Fédération et le fruit de cet accord. Les peuples ont un statut égal et les entités, aussi. Le contrat de libre et permanente association n'est pas non plus un traité de paix puisqu'il n'est mis fin à aucune guerre. Cela se rapprocherait davantage d'une alliance pour la paix entre les États.

Althusius avait déjà considéré la volonté de s'unir comme un élément fondamental dans la création d'une Fédération. La volonté de s'unir qu'il dénommait « *fides et constantia confederandi* »⁸⁵⁹ marquait le caractère perpétuel de cette union. Cette union devait impliquer une façon de vivre commune et analogue à tous les membres (« *similitudo morum* ») et une harmonie des conditions de vie pour les constituants (« *aequa et honesta conditio* »). Il est donc possible de considérer que selon la pensée d'Althusius, le pouvoir central n'est pas la cause de l'union et de l'unification, mais la conséquence de cette volonté d'union.

D'autres penseurs du fédéralisme ont également partagé cette vision contractuelle de la formation de la Fédération. La « *convention* » recouvre aussi chez Proudhon ou chez Carl Schmitt une importance originelle capitale. La convention repose sur la reconnaissance d'une volonté commune des entités qui décident de s'unir pour créer la Fédération.

Le fédéralisme tel que défini par Proudhon envisage également la Fédération comme : [une] « *convention par laquelle un ou plusieurs chefs de famille, une ou plusieurs communes, un ou plusieurs groupes de communes ou États, s'obligent*

⁸⁵⁷ Emmanuel Kant, *op. cit.*, p. 127.

⁸⁵⁸ Olivier Beaud, « La Fédération entre l'État et l'Empire », in B. Théret, *L'État, la fin et le social : souveraineté nationale et construction européenne*, Paris, La Découverte, 1995, p. 292.

⁸⁵⁹ Althusius, *Politica Methodice Digesta*, ed. Frederick S. Carney, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 1995, chap. XVII § 31.

*réciroquement et également les uns envers les autres pour un ou plusieurs objets particuliers, dont la charge incombe spécialement alors et exclusivement aux délégués de la fédération »*⁸⁶⁰.

Carl Schmitt souligne également le caractère contractuel de la Fédération puisqu'il la définit comme « *une union durable, reposant sur une libre convention, servant au but commun de la conservation politique de tous les membres de la fédération : elle modifie le status politique global de chaque membre de la fédération en fonction de ce but commun* »⁸⁶¹. Il ressort de cette définition de la Fédération des conséquences identiques à celles précisées précédemment, c'est-à-dire, la création de la Fédération par une union libre et volontaire, ce qui exclut toute obligation et tout choix qui n'auraient pas été décidés par les États membres de manière indépendante et souveraine. Ensuite, cela signifie que toute hiérarchie entre les membres et l'entité fédérale est exclue. Toutes les composantes de la Fédération, c'est-à-dire les États membres et le gouvernement fédéral, sont sur un pied d'égalité et chacun est maître dans son domaine de compétence.

Cette union est d'autant plus volontaire qu'elle se manifeste par la rédaction d'un *pacte constitutionnel*, dénommé également *Pacte fédératif*. Il se différencie d'une constitution « *classique* » en ce qu'il résulte d'un compromis entre plusieurs entités ayant manifesté leur consentement. La signature du pacte par l'ensemble des membres de la Fédération est la manifestation de leur consentement à cette association. La constitution, elle, procède d'un commandement unilatéral⁸⁶² de nature constitutionnelle et qui s'impose à l'ensemble de la société hiérarchisée, avec un souverain détenteur d'une supériorité sur les membres de la société. Le Pacte fédératif aurait donc une nature *sui generis*. Néanmoins, comme tout contrat, il conduit à la création et au respect de droits et de devoirs pour chacune des parties au contrat. Ainsi, chaque État membre voit son autonomie respectée et, en échange, devra respecter un certain nombre d'impératifs envers la société et la Fédération.

⁸⁶⁰ Pierre Joseph Proudhon, « Le principe fédératif », in *Œuvres complètes*, Paris, M. Rivière, 1959, p. 318.

⁸⁶¹ Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 512.

⁸⁶² Voir par exemple Georges Burdeau, *Traité de science politique – L'État*, Tome II, Paris L.G.D.J., 1980, p. 522.

Selon Olivier Beaud, le Pacte fédératif est d'autant plus particulier que sa nature va évoluer et être modifiée lors de la mise en œuvre de la Fédération. Convention à l'origine, le Pacte fédératif va ensuite devenir un « *acte réglementaire unilatéral s'imposant aux parties contractantes* »⁸⁶³. Sa nature change, car l'ordre institutionnel qu'il met en place est fait pour durer et ne peut revêtir un caractère souple et modifiable comme l'est la loi issue d'un contrat. Carl Schmitt résume cette idée en écrivant que le Pacte fédératif est un « *libre pacte pour ce qui est de sa conclusion. Mais ce n'est pas un libre pacte au sens d'un contrat librement révocable à volonté (...) Le pacte fédératif est un pacte statutaire interétatique* »⁸⁶⁴. Toute Fédération doit donc fonder une organisation durable car « *(t)oute fédération est (...) une fédération "perpétuelle" (ewig), c'est-à-dire conçue pour durer* »⁸⁶⁵.

Le caractère contractuel du Pacte fédératif se manifeste à plusieurs égards. D'abord, les composantes de la Fédération et parties à la convention créent une organisation juridique et institutionnelle rejetant toute forme de sujétion d'un membre vis-à-vis d'un autre⁸⁶⁶. Les États membres se trouvent dans une situation d'égalité les uns par rapport aux autres, car ils sont indépendants⁸⁶⁷ et autonomes⁸⁶⁸. Cela inclut également le gouvernement fédéral, qui ne jouit d'aucune situation de supériorité hiérarchique sur les gouvernements fédérés et qui jouit aussi d'une autonomie et d'une indépendance.

De plus, la Fédération vise à permettre une coexistence de deux pouvoirs politiques sur le même territoire. Cela signifie donc une superposition de plusieurs ordres juridiques et, par voie de conséquence, le maintien et le respect de l'autonomie des ordres juridiques préexistants à la Fédération. Le Pacte fédératif doit donc prévoir une garantie et une reconnaissance de l'existence des États membres. Carl Schmitt écrit dans cette perspective que « *(l)a fédération embrasse chaque État membre dans la totalité de son*

⁸⁶³ Olivier Beaud, « La Fédération entre l'État et l'Empire », in B. Théret, *L'État, la fin et le social : souveraineté nationale et construction européenne*, Paris, La Découverte, 1995, p. 298.

⁸⁶⁴ Carl Schmitt, *op. cit.*, p. 513.

⁸⁶⁵ Carl Schmitt, *idem*, p. 514.

⁸⁶⁶ Ronald L. Watts, *New Federations: Experiments in the Commonwealth*, Oxford, Clarendon Press, 1966, pp. 3-16.

⁸⁶⁷ Kenneth Wheare, *Federal Government*, Oxford, Oxford University Press, 1963, 4th ed., p. 10; M. J. C. Vile, « Federal Theory and the "New Federalism" », in D. Jaensch, *The Politics of New Federalism*, Adelaide, Australian Political Studies Association, 1977, pp. 2 et 3.

⁸⁶⁸ William H. Riker, *Federalism : Origin, Operation, Significance*, Boston, Little-Brown & Company, 1964, p. 2 ; Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, 2^{de} éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2009, pp. 184 et 185.

existence comme unité politique et l'intègre tout entier à une association qui a une existence politique »⁸⁶⁹. Cette autonomie doit également garantir l'existence et le respect du nouvel ordre établi par la création de la Fédération. Ainsi, si les constitutions des États membres demeurent, elles doivent envisager l'existence de la « *nouvelle* » constitution fédérative et permettre son respect. C'est ce que constate Carl Schmitt lorsqu'il indique que la Fédération va créer un nouveau « *status* » pour les membres et donc impliquer une modification du texte constitutionnel. Il explique que « *(m)ême si aucune disposition légiconstitutionnelle n'est modifiée dans sa lettre, la constitution au sens positif (c'est-à-dire le contenu concret des décisions politiques fondamentales sur l'ensemble du genre d'existence de l'État) est modifiée (...)* »⁸⁷⁰. Cela traduit deux principes dégagés par Olivier Beaud dans les travaux de Montesquieu. Le premier principe est le « *principe d'homogénéité politique* »⁸⁷¹ qui consiste à limiter et encadrer le pouvoir des États membres en imposant des garanties politiques. La constitution fédérative et les constitutions des États membres doivent prévoir l'application de règles prévues par l'autre texte constitutionnel. Le second principe est le « *principe de proportionnalité* » des droits et des devoirs des États, pensé par Montesquieu⁸⁷² au livre IX, chapitre III de l'*Esprit des lois*. Ce principe de proportionnalité consiste à mettre en place des règles permettant de favoriser l'égalité entre des États membres qui n'ont pas tous la même puissance, tant économique, politique, que démographique. Ce principe évite donc tout déséquilibre entre les composantes de la Fédération, de manière à favoriser une égalité de droit entre les membres, pour combler les inégalités de fait.

Une égalité des parties, une prise en compte de nouvelles règles s'appliquant en sus de règles déjà en vigueur, dans le respect des systèmes de chacun : voilà une preuve du caractère contractuel du Pacte fédératif.

2) Les buts de la Fédération

Le Pacte fédératif contient et présente les buts de la Fédération, ce qui le distingue, notamment, de la constitution « *classique* » d'un État unitaire.

⁸⁶⁹ Carl Schmitt, *idem*, p. 513.

⁸⁷⁰ Carl Schmitt, *ibidem*.

⁸⁷¹ Olivier Beaud, « La Fédération entre l'État et l'Empire », in B. Thérêt, *L'État, la fin et le social : souveraineté nationale et construction européenne*, Paris, La Découverte, 1995, p. 300, concernant le chapitre II du livre IX de l'*Esprit des lois*.

⁸⁷² Olivier Beaud, *op. cit.*, p. 302.

L'analyse d'une Fédération mérite de se faire sous l'angle tant de ses buts que de sa forme, car il existe un lien important entre les buts et les compétences d'une Fédération. D'où, l'idée de « *Pacte fédératif* », qui sera l'accord des signataires de ce pacte et qui fera état des buts et objectifs de la Fédération.

Si le but fondamental est la volonté de s'associer (a), celui-ci est motivé par la recherche d'une plus grande prospérité et de davantage de sécurité (b).

a) Un but fondamental : la volonté de s'associer

Le but de la création de la Fédération étasunienne est de créer une nation pour unifier les peuples des États, mais tout en maintenant et respectant l'autonomie et les pouvoirs des États⁸⁷³. Emile Boutmy en avait fait l'analyse dans son ouvrage *Etudes de droit constitutionnel*. Il écrivait alors que le but de la création étasunienne était, pour les défenseurs d'une Fédération, « *double et contradictoire* ». La création de la Fédération étasunienne visait à : « *créer une nationalité commune, afin que les États-Unis eussent vis-à-vis des puissances étrangères la figure et la solidité d'un seul peuple bien uni, bien dans la main de son gouvernement, – et cependant maintenir à peu près intacte l'autonomie des États appelés à entrer dans cette organisation et à composer, avec des prélèvements sur leur propre souveraineté, la compétence du pouvoir central* »⁸⁷⁴.

L'objectif est alors clair : créer un nouvel ordre de gouvernement à un niveau « *national* » qui serait titulaire d'un certain nombre de compétences, tout en laissant aux États membres de l'entité nouvellement formée leur souveraineté, ou tout au moins la majorité des pouvoirs qu'ils détenaient jusque-là. Voilà donc un premier élément des buts de la Fédération sur lequel les « *parties* » se sont entendues : la création d'un ensemble organisé et jouissant de prérogatives propres, maintenant les pouvoirs de ses composantes, leur identité et leur autonomie. Olivier Beaud note dans ce cas le caractère contradictoire de cet objectif. Il indique que la volonté de chaque État membre de conserver son statut et ses pouvoirs « *exprime la tendance centrifuge inhérente à toute*

⁸⁷³ Le *Fédéraliste* énonce point par point les buts de la création de la Fédération étasunienne tout au long de l'ouvrage. Pour ne prendre que quelques objectifs principaux, nous pouvons dire que les buts de la formation de l'Union étaient de faire face aux « *dangers qui résultent des forces et de l'influence étrangère* », aux « *dangers de guerre entre les États* », de lutter « *contre les factions et les insurrections* », chapitres XIV, XLV.

⁸⁷⁴ Emile Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel*, 1^{ère} éd., Paris, Plon, 1885, pp. 184-185.

Fédération »⁸⁷⁵. Cependant, cette finalité individualiste s'oppose (tout en coexistant) à la finalité collective et commune consistant à vouloir s'associer et à créer une entité qui englobe tous les membres selon une tendance centripète. Cette contradiction manifeste l'un des aspects caractéristiques de la Fédération qui consiste en une recherche perpétuelle d'équilibre dans des rapports de force toujours en opposition⁸⁷⁶. Cette contradiction a été soulignée par de nombreux auteurs et spécialistes de la question fédérative comme Albert V. Dicey ou plus récemment, le professeur Ronald L. Watts. Le juriste anglais définira la Fédération comme une organisation souhaitant « *concilier l'unité nationale avec la conservation des "droits des États membres"* »⁸⁷⁷. Quant au célèbre universitaire étasunien, il écrira que « *la coexistence, d'une part, de motifs puissants de s'associer à certaines fins et, d'autre part, de raisons profondes de disposer de gouvernements régionaux autonomes à d'autres fins* » est une caractéristique propre à la logique fédérative⁸⁷⁸.

b) Le but finaliste de prospérité et de sécurité

La volonté de s'associer de la part des États dans un nouvel ensemble est poussée par une finalité particulière. Il existe donc une finalité de la finalité. Le but de cette association est généralement sécuritaire⁸⁷⁹. En effet, les États décident de s'unir pour faire face à toute invasion ou tout conflit. Les conflits peuvent être extérieurs, et ainsi la formation créée se trouve renforcée pour repousser toute hostilité à l'égard d'un ou plusieurs États membres. Toutefois, les conflits peuvent aussi être internes, et la création d'une nouvelle entité permettra de mettre fin à des conflits existants avec des États faisant partie de la Fédération, ou de renforcer les autorités d'un État membre grâce à l'aide de la Fédération pour régler un conflit interne.

La double autorité existant dans le cadre d'une Fédération et superposant l'autorité régionale de l'État membre et l'autorité de l'entité fédérale est une manifestation de la contradiction propre à la logique fédérative. Deux ordres de

⁸⁷⁵ Olivier Beaud, *idem*, p. 279.

⁸⁷⁶ Voir le chapitre second du titre second de la seconde partie.

⁸⁷⁷ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., Indianapolis, Liberty Fund, 1915, chapitre 3, p. 76.

⁸⁷⁸ Ronald L. Watts, *Comparaison des régimes fédéraux*, 2^{ème} éd., Montréal et Kingston-London-Ithaca, Institut des relations intergouvernementales, Presses universitaires McGill-Queen's, 2002, p. 37.

⁸⁷⁹ Cela concerne surtout les Fédérations créées par agrégation. Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, 2^{de} éd., Paris, P.U.F., 2009, pp. 286 à 298.

gouvernement, deux formes de pouvoirs coexistent sur un même territoire. Généralement, l'autorité locale a vocation à s'appliquer en premier lieu, et l'autorité fédérale n'interviendra que de manière subsidiaire.

La Fédération étasunienne répond à ces deux hypothèses. Cela est clairement indiqué au préambule et à la section 4 de l'article IV de la Constitution de 1787. Le Préambule indique « *Nous, le peuple des États-Unis, en vue de former une union plus parfaite, d'établir la justice, d'assurer la paix intérieure, de pourvoir à la défense commune, de développer la prospérité générale et d'assurer les bienfaits de la liberté à nous-mêmes et à notre postérité* ». L'article IV, quant à lui, précise que « *Les États-Unis garantiront à chaque État de l'Union une forme républicaine de gouvernement, protégeront chacun d'eux contre l'invasion et, sur la demande de la législature ou de l'exécutif (quand la législature ne pourra être réunie), contre toute violence intérieure* ». Emile Boutmy écrit dans ce sens que les raisons d'adoption des huit premiers amendements de la Déclaration des droits « *sont essentiellement des précautions prises par les États contre les empiètements d'une souveraineté extérieure (...)* »⁸⁸⁰.

L'aspect sécuritaire doit aussi s'entendre de manière plus large en intégrant la volonté d'avoir un poids économique et commercial plus fort. Cela permet de faire face à des « *menaces* » économiques comme ce fut le cas pour la Fédération étasunienne qui ne voulait plus être soumise à l'autorité britannique.

Il ressort de cela que la finalité recherchée par les membres créant la Fédération est la prospérité et la sécurité. Cette recherche de sécurité doit être vue davantage du point de vue des relations extérieures qu'intérieures. En effet, si les États souhaitaient trouver un équilibre entre les forces de l'Union et celles des membres de la Fédération, ils cherchaient surtout à créer une entité nouvelle forte pour peser et faire le poids face aux autres puissances étrangères. Les « *parties* » se sont donc entendues sur le but du pacte conclu lors de la création de la Fédération. Elles se sont entendues sur celui-ci et ont identifié un but commun. Sur ce point-là, encore, la création de la Fédération remplit les critères du contrat.

⁸⁸⁰ Emile Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel*, 1^{ère} éd., Paris, Plon, 1885, p. 97.

Le contrat est donc bien un élément fondamental dans la logique du fédéralisme. Il représente un point essentiel dans la formation de la société, depuis le XVI^{ème} siècle car c'est par la rencontre des volontés, pour la réalisation d'un but commun que se sont formées la majorité des sociétés dans un contexte fédératif. Le contrat est d'autant plus important dans notre recherche de définition du fédéralisme qu'il contribue fortement à la création de la Fédération par le Pacte fédératif.

Section 2 Le Pacte fédératif, un contrat créant la Fédération

Tout en poursuivant notre recherche de **définition** du fédéralisme, nous allons analyser, ici, le caractère contractuel du Pacte fédératif dans les trois Fédérations américaines. Le premier paragraphe de cette section aura pour objectif de montrer le caractère contractuel du Pacte fédératif de par le respect des conditions nécessaires à l'existence d'un contrat (§1). Le second illustrera cette démonstration dans le cadre des Fédérations prises pour objet d'étude (§2).

§ 1 La nature et le caractère contractuel du Pacte fédératif

La Fédération, en tant qu'union d'États est, par cela, une entité particulière par rapport à l'État unitaire. Sa formation est donc, elle aussi, toute particulière et ne résulte pas d'une constitution classique. En effet, l'acte créant la Fédération est interétatique, à la différence de la constitution. Plusieurs entités, plusieurs peuples préexistent et créent ensemble la Fédération, conduisant ainsi à l'existence de plusieurs pouvoirs constituants. Carl Schmitt écrit dans ce sens que le « pacte constitutionnel *présuppose qu'au moins deux parties de ce pacte lui préexistent et continuent à exister après lui, que chacune d'elle contient un sujet du pouvoir constituant - autrement dit est une unité politique* »⁸⁸¹. Murray Forsyth a relevé la particularité de l'acte qui met en place la Fédération. Il explique que l'acte qui établit la Fédération peut être ratifié par diverses parties. Il peut l'être par les gouvernements ou les parlements des différents États qui composeront la Fédération, mais également par les citoyens des États. Cet acte ne revêt donc pas les caractères d'un traité. Il est davantage qu'un traité, comme l'ont montré les auteurs du Fédéraliste, John Jay, Alexander Hamilton et James Madison. Murray Forsyth écrit :

⁸⁸¹ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 197.

« (l) 'important est que la création d'une confédération⁸⁸² n'est pas par définition, l'acte unilatéral d'une population, autrement dit, de la population de la confédération dans son ensemble, considérée comme un tout homogène et agissant au moyen d'un vote strictement majoritaire. Une confédération est formée précisément parce que l'on estime qu'une telle nation ou population n'existe pas (...) »⁸⁸³.

Comme le propose Olivier Beaud, et en reprenant l'idée schmittienne, cet acte peut être qualifié de Pacte fédératif⁸⁸⁴. Ce dernier est un pacte constitutionnel en raison du fait qu'il crée une nouvelle entité politique et modifie le statut des entités qui la composent, prévoyant les règles d'organisation et des principes fondamentaux qui s'y appliqueront. Les entités qui ont décidé de s'associer voient leur existence maintenue. Murray Forsyth signale ainsi : « (le pacte fédératif appelé traité confédéral) représente, comme nous l'avons déjà indiqué, un "traité constituant". Il crée un nouvel organe dont les signataires du traité sont désormais "membres" ou, plus précisément, "unités constituantes". En d'autres termes, les partenaires modifient leur propre statut déjà constitué dès lors qu'ils adhèrent à un traité confédéral; ils deviennent les parties d'un nouvel ensemble »⁸⁸⁵.

Les composantes de la Fédération, si elles s'associent et modifient leur statut juridique, ne perdent en aucun cas leur existence propre. Elles continuent à exister et sont généralement régies par une constitution qui leur est propre, tout en prévoyant dans ce texte fondamental, l'application de règles provenant de la nouvelle entité créée.

Le Pacte fédératif semble donc détenir les caractéristiques d'un véritable contrat (A) réalisé par des parties ayant manifesté leur volonté (B) et jouissant de leur indépendance (C).

⁸⁸² Il convient de préciser que le terme « confédération » à l'époque des auteurs du *Fédéraliste* recouvrait la signification aujourd'hui entendue de Fédération.

⁸⁸³ Murray Forsyth, « Vers un concept nouveau de confédération », in Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le concept contemporain de confédération*, Editions du Conseil de l'Europe, 1995, p. 67.

⁸⁸⁴ Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, 2^{de} éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 168.

⁸⁸⁵ Murray Forsyth, *op. cit.*, p. 66.

A) Le Pacte fédératif : un véritable contrat

Le Pacte fédératif, s'il est un contrat, est de nature particulière et précise. C'est un véritable contrat politique (1) qui permettra d'unir des peuples sans effacer leurs identités dans une union protectrice des compétences de chacun (2), conférant ainsi à ce contrat un double caractère (3).

1) Le Pacte fédératif : un contrat politique

L'analyse du Pacte fédératif en tant que contrat politique a été menée de manière très intéressante par Pierre-Joseph Proudhon. Cela a permis de saisir le caractère politique de ce pacte.

Les réflexions de Pierre-Joseph Proudhon sont inscrites dans une tendance idéologique particulière puisque celui-ci a envisagé la notion de fédéralisme sous l'angle anarchiste positiviste, mais ses travaux méritent une certaine attention car, au-delà de sa posture idéologique, ses conclusions ont apporté d'importantes réflexions sur la logique fédérative et notamment sur la nature du Pacte fédératif en tant que contrat entre les membres de la Fédération.

Proudhon explique dans Du principe fédératif, que s'il existe différentes sortes de contrats (qu'ils soient civils, commerciaux ou politiques), le type de contrat qui nous intéresse dans la perspective de l'étude du fédéralisme est le contrat politique. Dans son acception politique, le contrat doit recouvrir les caractères synallagmatique et commutatif. Cela signifie qu'il doit créer une obligation réciproque entre les contractants et que chaque partie doit s'engager à donner ou faire quelque chose considéré comme l'équivalent de ce qui est donné ou de ce qui est fait. Si Proudhon définit le contrat dans le rapport qui lie le citoyen à l'État, il est tout à fait possible de transposer ce rapport, à celui de l'État, futur membre de la Fédération, avec la Fédération elle-même. Deux conditions sont essentielles dans ce rapport. Il faut que l'État gagne autant qu'il perd dans cette nouvelle relation avec son entrée dans la Fédération – qu'il « *ait autant à recevoir (...) qu'il lui sacrifie* »⁸⁸⁶. Il faut ensuite que l'État puisse conserver une partie de sa souveraineté, c'est-à-dire qu'il conserve un pouvoir législatif lui permettant d'agir dans ses champs de compétence. Lorsque ces deux conditions sont respectées, alors la

⁸⁸⁶ Pierre-Joseph Proudhon, *Œuvres complètes - Du principe fédératif*, Paris, Marcel Rivière et Cie, 1959, p. 318.

création de la Fédération sera établie. Selon Proudhon, ce contrat peut être qualifié de contrat social, mais se différencie du contrat social pensé par Rousseau en ce que le premier représente la « *réalité de l'hypothèse* »⁸⁸⁷ du second. Le contrat social de Rousseau est vu comme une invention théorique du légiste qui permet de créer un lien, autre que divin, entre le citoyen et l'État. Le contrat représenté par le Pacte fédératif se différencie du contrat social de Rousseau en ce qu'il n'est pas une fonction, mais bien un contrat matériellement incarné. L'essence du Pacte fédératif est donc l'engagement des contractants qui s'obligent synallagmatiquement et commutativement les uns envers les autres. Ils envisagent les relations qui existeront entre le gouvernement fédéral et les gouvernements des États membres, les mesures de règlement des différends, et s'octroient des droits en laissant une partie de leur souveraineté à l'entité fédérale. Cependant, les compétences laissées à cette dernière sont plus restreintes que les compétences laissées aux membres de la Fédération. Proudhon écrit ainsi que « *(l)'Autorité chargée de (l)'exécution (du pacte fédératif) ne peut jamais l'emporter sur ses constituantes, je veux dire que les attributions fédérales ne peuvent jamais excéder en nombre et en réalité celles des autorités communales ou provinciales (...)* »⁸⁸⁸. Il poursuit en précisant que si cela n'était pas le cas, et que les États membres ne jouissaient pas d'une telle liberté, cela conduirait à une forme de monarchie centralisée, et que chaque entité régionale serait composée de communautés. Il ajoute que « *le système fédératif est l'opposé de la hiérarchie ou centralisation administrative et gouvernementale (...)* »⁸⁸⁹.

Le Pacte fédératif s'analyse donc comme un véritable contrat, présentant un caractère à la fois synallagmatique et commutatif, et se différencie du contrat social pensé par Rousseau en ce qu'il matérialise l'accord conclu entre les États. Il est un contrat politique en ce qu'il est conclu entre les futurs membres de la nouvelle Fédération et qu'il prévoit les nouveaux rapports politiques qui existeront dans la nouvelle entité créée.

2) Le Pacte fédératif : un contrat d'union

Albert Venn Dicey, en explicitant la logique de construction fédérative, considère que les individus qui veulent s'associer pour créer une Fédération souhaitent se diriger vers une

⁸⁸⁷ Pierre-Joseph Proudhon, *op. cit.*, note a.

⁸⁸⁸ Pierre-Joseph Proudhon, *idem*, p. 319.

⁸⁸⁹ Pierre-Joseph Proudhon, *idem*, p. 321.

logique d'union et non pas d'unité⁸⁹⁰. Cela constitue l'une des deux conditions de la formation de la Fédération, avec l'existence de plusieurs États ayant un lien particulier entre eux. L'union désigne une relation entre deux ou plusieurs personnes considérées comme formant un ensemble organique. Elle a pour synonyme la notion d'alliance et est liée à l'idée d'accord. Toutefois, l'union a également pour sens l'entente entre personnes liées par des intérêts communs. Cela implique alors l'application d'un régime contractuel⁸⁹¹. Cela rend donc bien compte de l'essence de la Fédération qui implique l'alliance d'États autonomes et indépendants souhaitant créer un nouvel ensemble par le biais d'un accord formel, d'un contrat, appelé pacte, maintenant les identités et une partie des pouvoirs de chaque composante. C'est d'ailleurs ce que prévoit le préambule de la Constitution étasunienne. Il indique dans ce sens la célèbre phrase de la Constitution : « *We, the people of the United States, in order to form a more perfect Union (...)* ».

Le juriste victorien qualifie même l'acte fondateur de l'ensemble fédéral de « *contrat* ». Il écrit ainsi que « *(t)he foundations of a federal state are a complicated contract* »⁸⁹². En tant que contrat, il doit être accepté par l'ensemble des États qui composent la Fédération. Dicey écrit à propos du contrat à l'origine de la Fédération : « *(t)his compact contains a variety of terms which have been agreed to, and generally after mature deliberation, by the States which make up the confederacy* »⁸⁹³.

Le Pacte fédératif est donc un contrat qui a pour but l'union, et ceci dans une perspective politique. Pour cela, ses termes doivent avoir fait l'objet d'un accord entre les parties qui s'engageront à le respecter.

3) Le Pacte fédératif : un double caractère

La Fédération repose sur un pacte qui résulte d'une union libre et volontaire des États membres. Ce pacte est un contrat, un acte plurilatéral, un « *échange* » de souveraineté

⁸⁹⁰ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, London, MacMillan and Co., 1902, p. 137.

⁸⁹¹ Voir *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, 2008, p. 2656.

⁸⁹² Albert Venn Dicey, *op. cit.*, p. 142.

⁸⁹³ « *Ce contrat contient une diversité de conditions qui ont été acceptées, et généralement après mûre délibération, par les États qui composeront la confédération* » (traduit par nous), Albert Venn Dicey, *ibidem*.

selon le doyen Vedel⁸⁹⁴. Ce pacte a néanmoins un caractère particulier puisqu'il possède des caractéristiques communes avec une constitution. Il prévoit la répartition des pouvoirs entre les entités fédérale et fédérées, il organise le cadre institutionnel de la Fédération, et est élevé au rang de norme fondamentale de laquelle découlent et à laquelle sont soumises les autres normes et constitutions des États membres. Pour Thierry Chopin, « *le pacte constitutionnel fédératif résulte d'un acte constituant mixte – dualiste – qui tient ensemble la logique contractuelle et égalitaire du traité de droit international, à l'origine de la confédération, et celle hiérarchique du commandement constitutionnel unilatéral au fondement de l'État* »⁸⁹⁵.

Ce caractère unilatéral ne doit pas être entendu comme la mise en œuvre d'un rapport hiérarchique entre les États et le gouvernement fédéral. Les deux ordres de gouvernement restent sur un pied d'égalité, même si les gouvernements des États membres ont laissé une part de compétence au gouvernement fédéral. Cela ne remet nullement en cause l'égalité des ordres de gouvernement, qui ont laissé cette compétence volontairement.

Les caractéristiques du Pacte fédératif en font un contrat complexe. Il est tout d'abord un contrat politique qui organise les rapports et les transferts de compétence des États membres avec l'entité fédérale. Lorsque la Fédération est créée par dissociation, il en ira de même puisqu'un transfert de compétence aura également lieu, tout comme une nouvelle organisation des rapports entre les entités formant la Fédération. Il est à la fois synallagmatique et commutatif et crée des obligations entre les *parties* formant la Fédération. C'est ensuite un contrat d'union qui sera le résultat d'une alliance et d'un accord entre les futures entités de la Fédération. Le Pacte fédératif détient donc les caractères d'un contrat mais également et pour une part, d'une constitution puisqu'il va organiser la répartition des compétences et l'organisation des rapports entre les différentes entités.

⁸⁹⁴ Georges Vedel, in *La Constitution et l'Europe*, journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat organisée par l'Université Panthéon – Assas Paris II, Paris, Montchrestien, 1992, p. 229.

⁸⁹⁵ Thierry Chopin, « Fédération et démocratie en Europe », *Commentaire*, n°86, été 1999, p. 385.

B) La présence de parties et la manifestation de la volonté, conditions nécessaires à l'existence d'un contrat

Dans l'analyse du Pacte fédératif, étudions maintenant l'existence de parties. Le contrat implique l'existence préalable de parties à la conclusion du pacte, ainsi que leur maintien dans la réalisation du contrat (1). Ces parties se seront entendues sur un but commun que chacune aura manifesté la volonté d'atteindre (2).

1) La préexistence des parties et le maintien de leur existence par le Pacte fédératif

Carl Schmitt écrit dans la Théorie de la Constitution que la Fédération est « *une union durable, reposant sur une libre convention, servant au but commun de la conservation politique de tous les membres de la Fédération (...)* »⁸⁹⁶. La Fédération fait coexister deux groupes de sphères politiques que sont la sphère créée par l'association des membres et les multiples sphères, chacune appartenant aux membres de la Fédération. En ce sens, Olivier Beaud considère que deux entités distinctes continuent d'exister et « *qu'il faut (...) admettre l'autonomie de la Fédération qui est un ordre politico-juridique, distinct de celui d'un État* »⁸⁹⁷. La Fédération doit donc être vue comme une union d'États ou, comme le considérait Montesquieu, une « *société de sociétés, qui en font une nouvelle (...)* »⁸⁹⁸.

Murray Forsyth parle de « *l'union fédérale* » comme d'une entité politique qui nécessite « *un accord*⁸⁹⁹ dans lequel une ligne ferme de démarcation a été tracée entre "nous" et "eux" »⁹⁰⁰. Cet accord, de par sa définition, maintient l'existence d'au moins deux parties, ce « *nous* » et « *eux* », et conduit à conserver une ligne de démarcation entre elles. Cela signifie que les parties n'ont fait que se lier pour des questions particulières et spécifiques, mais n'ont pas vu leurs identités s'évanouir pour autant et continuent d'exister, comme dans tout contrat pour lequel les parties « *s'obligent, envers une ou*

⁸⁹⁶ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 512.

⁸⁹⁷ Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, 2^{de} éd., Paris, P.U.F., 2009, p. 20.

⁸⁹⁸ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Paris, Flammarion, 1979, livre IX, chap. 1.

⁸⁹⁹ « *arrangement* » dans le texte.

⁹⁰⁰ Murray Forsyth, « The Political Theory of Federalism. The Relevance of Classical Approaches », in J. Hesse and V. Wright (eds), *Federalizing Europe ? The Costs, Benefits and Preconditions of Federal Political Systems*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 37.

plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »⁹⁰¹, de manière consentie et non imposée.

Ainsi, il faut considérer cette union comme une nouvelle entité, mais ne conduisant pas à une extinction des États qui l'ont créée. Chaque composante de la Fédération conserve son existence, sa souveraineté et un ordre juridique propre. C'est ainsi que Samuel Pufendorf écrivait dans le Droit de la nature et des gens que l'État fédéral, en tant qu'État composé, est « *un assemblage de plusieurs États étroitement unis ensembles par quelque lien particulier, en sorte qu'ils semblent ne faire qu'un seul Corps, que chacun conserve toujours en lui-même la Souveraineté, indépendamment des autres* »⁹⁰².

La Fédération doit être considérée d'abord comme une union conventionnelle, ayant un véritable caractère contractuel du fait d'une existence consentie par ses membres. Sa création est notamment due à un Pacte fédératif ou pacte constitutionnel qui diffère largement d'une constitution classique et unilatérale. Il découle de cette idée de pacte que les relations entre les États membres et la Fédération ne peuvent être considérées comme des relations hiérarchiques. En effet, si des règles fédérales jouissent souvent d'une applicabilité au sein des ordres juridiques des États membres, on ne peut parler de relations de commandement entre la Fédération et les entités fédérées. L'ordre juridique de chaque membre continue à exister, à avoir ses caractéristiques et ses règles propres ainsi qu'une autorité au sein de son système juridique, autonome par rapport au système fédéral. Pour Olivier Beaud, il s'agit donc de « *prendre au sérieux la nature principalement contractuelle de la Fédération* »⁹⁰³. Le professeur parisien apparente ainsi l'origine contractuelle de la Fédération, et son autonomisation ultérieure par rapport à ses membres créateurs, à l'émancipation d'une société commerciale vis-à-vis de ses actionnaires premiers.

2) L'accord de volontés manifesté dans le Pacte fédératif

La Fédération reposant sur l'idée de volonté, sa formation ne peut résulter que d'un échange de volontés entre les futurs membres de la Fédération pour construire le destin

⁹⁰¹ Article 1101 du Code civil français.

⁹⁰² Samuel Pufendorf, *Droit de la nature et des gens*, Caen, Centre de philosophie du droit de Caen, Presses universitaires de Caen, 2009, p. 282.

⁹⁰³ Olivier Beaud, *idem*, p. 32.

commun de la Fédération. Il est, néanmoins, bien entendu que la décision de faire partie d'une Fédération ne peut se détacher de considérations extérieures. En effet, en cas de création de Fédération par agrégation, c'est-à-dire lorsque plusieurs États indépendants décident de s'associer pour créer une entité fédérative, les raisons ont souvent été motivées par des considérations de défense ou économiques et commerciales⁹⁰⁴. Ces raisons proviennent de phénomènes extérieurs comme la peur d'invasion ou de perte de puissance économique vis-à-vis des États étrangers. Toutefois, la création de la Fédération est nécessairement volontaire et ne peut provenir d'une obligation imposée par une autorité extérieure⁹⁰⁵.

La base consensuelle de la Fédération se manifeste par la création d'une convention qui se matérialise par le Pacte fédératif. Cela a été rappelé dans le chapitre premier du titre premier de la première partie de ce travail : le terme « *fédéralisme* » provient des mots « *foedus* » et « *fides* ». Le premier signifie « *alliance* » et le second désigne « *la foi, la confiance, la conscience, la promesse, la parole donnée, la protection, ou l'assistance* »⁹⁰⁶, c'est-à-dire une parole qui engage car elle est consentie librement et de manière solennelle. Ces notions sont des notions sous-tendues par la philosophie de la Fédération. En effet, l'union entre plusieurs États ne peut se faire que par la promesse d'une alliance entre les diverses parties, s'engageant à se protéger mutuellement. Cela implique donc une confiance entre chacun des membres et tout particulièrement entre les différentes communautés formant l'essence fédérale.

Le fédéralisme suppose donc les notions de confiance, que ce soit dans les autres futurs membres ou dans le projet porté par la création fédérative, et par suite d'engagement. L'engagement est, lui aussi, double. Il existe d'abord un engagement vis-à-vis des autres « *parties* », par lequel chaque entité s'engage à respecter un certain nombre de règles et de principes pour la future organisation mise en place. L'engagement se rapportera ensuite à l'adhésion à la Fédération, elle-même, c'est-à-dire à être un membre de celle-ci. La notion d'adhésion est également essentielle dans la compréhension de la notion de Fédération puisqu'elle est nécessaire à la création d'une nouvelle entité qu'est la

⁹⁰⁴ Voir le paragraphe 1 de la section 2 du chapitre premier du titre premier de la première partie.

⁹⁰⁵ Voir par exemple Bernard Voyenne, *Histoire de l'idée fédéraliste – Les lignées proudhoniennes*, vol. 3, Paris, Presses d'Europe, 1981, p. 151

⁹⁰⁶ Félix Gaffiot, *Dictionnaire illustré latin-français*, Paris, Hachette, 1934, p. 665.

Fédération. Le terme d'adhésion provient du latin « *adhoesio* » et du grec « *aidôs* ». Le terme latin désigne l'adhésion, mais se charge plus particulièrement de l'idée d'engagement puisqu'il sous-entend l'idée de serment. L'*aidôs* désigne, quant à lui, un droit réciproque qui s'impose aux membres d'une même tribu⁹⁰⁷. Il dérive de cela le terme d'« *aidesis* » qui est le fait de permettre la participation à ce droit.

La convention qui est à la base de la création de la Fédération est importante à analyser puisqu'elle désigne l'idée d'un « *accord passé entre des personnes, des groupes, des sujets de droit (...)* »⁹⁰⁸ ; mais au-delà de l'idée de convention, il faut une volonté libre des différentes parties. Cette liberté de consentement concerne ainsi la libre possibilité de conclure un Pacte fédératif et de créer une Fédération. Néanmoins, cette libre convention ne peut raisonnablement désigner la liberté de s'associer et de déléguer une partie de ses pouvoirs. La Fédération ne peut être caractérisée par la libre convention de s'associer. En effet, cela exclurait automatiquement les Fédérations formées par désagrégation, puisque, dans ce cas, les régions d'un État ou d'un empire bâti sur un système unitaire, se voient accorder une forme d'autonomie, des compétences propres et une organisation politique et juridique parfois spécifiques par rapport aux autres régions et à l'entité fédérale. La libre convention ne doit donc pas désigner la volonté et la liberté de s'associer, mais la liberté et la volonté de créer une Fédération et de faire partie de celle-ci.

La foi, la conscience et la confiance, impliquant l'idée de Fédération, l'entrée dans celle-ci ne peut légitimement se faire que par la libre convention. L'union doit être volontaire et aucun des membres ne doit entrer sous la contrainte ou contre sa volonté. Olivier Beaud, allant dans ce même sens, soutient que « *si l'on isole le moment de la fondation, il faut bien admettre que le saut dans la Fédération résulte d'un choix qui se manifeste par un échange de consentements. Conformément à la théorie générale des contrats, un tel accord suppose la liberté et exclut la contrainte qui est un vice de consentement* »⁹⁰⁹.

Nous verrons, néanmoins, que la libre volonté se manifeste aussi lors de la création d'une Fédération par désagrégation, comme ce fut le cas pour la Fédération

⁹⁰⁷ Voir Bernard Voyenne, *Histoire de l'idée fédéraliste – Les sources*, Paris, Presses d'Europe, 1976, p. 31.

⁹⁰⁸ Dictionnaire Larousse.

⁹⁰⁹ Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, 2^{de} éd., Paris, P.U.F., 2009, p. 119.

brésilienne. Sans l'accord des provinces régionales, la Fédération n'aurait pu exister, car le refus aurait conduit à des soulèvements populaires, voire des guerres civiles⁹¹⁰.

Le caractère contractuel du Pacte fédératif se manifeste donc par l'existence, c'est-à-dire la préexistence et le maintien de l'existence des parties au pacte. Que cela soit des États membres lorsque la Fédération sera créée par agrégation ou des régions qui deviendront des États membres lorsque la Fédération sera créée par dissociation, les entités composant la Fédération continueront à exister. De plus, le Pacte fédératif va être l'instrument manifestant l'alliance de différentes *parties*, et l'adhésion à la création et à la participation à une nouvelle entité par une convention qui va manifester l'accord de volontés de celles-ci. Son importance dans la définition du fédéralisme est donc fondamentale.

C) Le principe d'indépendance des États membres de la Fédération suivant la logique contractuelle

Le principe d'indépendance est une condition nécessaire dans une perspective contractuelle. Dans la logique fédérative, ce principe doit donc être clairement défini (1) pour pouvoir ensuite le comprendre dans son véritable sens et voir qu'il n'est pas détaché de la coexistence (2) dans le cadre fédératif. Il se manifeste notamment par le biais de la technique du renvoi (3).

1) Le principe d'indépendance dans la logique fédérative

Comme toute partie à un contrat, les États membres de la Fédération et l'entité fédérale jouissent d'un statut d'indépendance et d'autonomie. Ainsi, ils ont pu décider de s'associer dans le cadre fédératif nouvellement créé et de laisser une partie des pouvoirs dont ils étaient titulaires à l'entité fédérale.

Le principe d'indépendance peut se définir comme : l'« *état de quelqu'un qui n'est tributaire de personne sur les plans matériel, moral, intellectuel ; caractère de quelqu'un*

⁹¹⁰ Voir Raul Machado Horta, « Reconstrução do Federalismo Brasileiro », *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n°54, janeiro de 1982, pp. 57 et 65 ; Adalberto Pimentel Diniz de Souza « A mecânica do federalismo », *Revista de informação legislativa*, vol. 42, n° 165, p. 169-176, jan./mar. de 2005.

qui ne se sent pas lié ou qui ne veut pas être soumis aux autres ; qui ne supporte aucune contrainte venant d'autrui ; qualité d'un groupe d'un pouvoir (...) qui est libre de toute sujétion »⁹¹¹ et qui implique l'absence de subordination.

Il doit être rapproché du principe d'autonomie qui est défini comme la « *situation d'une collectivité (...) dotée, dans le cadre d'un État, de pouvoirs et d'institutions (lui) permettant de gérer les affaires qui (lui) sont propres sans interférence du pouvoir central* »⁹¹².

Dans le cadre fédératif, le principe d'autonomie signifie que les systèmes institutionnel et juridique des États membres sont reconnus et protégés dans le Pacte fédératif. Cela conditionne également l'intérêt des États membres dans le fonctionnement du gouvernement fédéral. Toutefois, l'autonomie ne concerne pas seulement les instances fédérées de la Fédération. Il existe aussi une autonomie, à la fois organique et fonctionnelle, de l'instance fédérale⁹¹³. Or, il est communément entendu que l'autonomie concerne les instances fédérées et seulement elles. Cela semble nier l'autonomie du fédéral, ce qui ne paraît pas acceptable pour une juste compréhension du système fédératif.

Le principe d'indépendance se réalise de multiples façons au sein de la Fédération.

D'un point de vue hiérarchique et institutionnel, il n'existe aucun rapport de domination ou de subordination entre les entités fédérées et le gouvernement fédéral. À la différence du rapport entre collectivités décentralisées et gouvernement dans un État unitaire, les deux sphères de gouvernement dans le cadre fédéral ne sont pas placées dans un rapport hiérarchique, mais seulement de coexistence. Maurice Croisat explique cela de la manière suivante : « *chaque ordre de gouvernement est autonome, ou encore "souverain" dans son domaine de juridiction défini par le principe précédent (de séparation). Aucun contrôle hiérarchique, aucun droit de tutelle ne peut s'exercer d'un niveau de gouvernement sur l'autre* »⁹¹⁴. C'est également ce que pense Ronald L. Watts en écrivant que les Fédérations « *représentent (...) une espèce particulière dans laquelle*

⁹¹¹ Grand dictionnaire encyclopédique Larousse, T.6, 1984.

⁹¹² Grand dictionnaire encyclopédique Larousse, T.1, 1984.

⁹¹³ Olivier Beaud, *op. cit.*, p. 185

⁹¹⁴ Maurice Croisat, *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, 3^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 25.

ni le gouvernement fédéral ni les composantes de ce gouvernement ne sont subordonnées à l'autre au plan constitutionnel »⁹¹⁵. Le principe d'indépendance implique la reconnaissance de deux éléments fondamentaux dans l'idée fédérale que sont l'attribution de compétences propres aux États membres, issue de la répartition des compétences dans le Pacte fédératif, et « *l'attribution d'immunités aux types d'instances de la Fédération* »⁹¹⁶. Cela est généralement reconnu dans les Pactes fédératifs.

2) L'indépendance et son association avec la coexistence

L'indépendance des membres de la Fédération doit être saisie dans la logique « *contradictoire* » fédérative, et donc envisager l'existence et l'autorité de l'entité fédérale. Ainsi, selon Anton Greber, « *une théorie de l'État fédéral, qui se veut complète et cohérente, peut seulement exister si les deux niveaux de l'État fédéral ne sont pas isolés l'un par rapport à l'autre, mais conceptuellement ordonnés l'un à l'autre* »⁹¹⁷. En entendant « *l'État fédéral* » comme la Fédération, Anton Greber nous paraît véritablement rendre compte de l'importance de la relation entre les deux ordres de gouvernement que sont le fédéral et les États membres. Cette vision permet de comprendre qu'au-delà d'une coexistence de deux ordres juridiques (c'est-à-dire une existence simultanée), il existe, dans une Fédération, une articulation de ces ordres juridiques⁹¹⁸. Cette articulation signifie que les deux ordres juridiques, même s'ils existent indépendamment l'un de l'autre, doivent se reconnaître et s'accepter, sans pour autant qu'il y ait une unité, voire une unification. La coexistence d'ordres juridiques, et leur articulation dans un système fédératif, sont la matérialisation des principes d'indépendance et d'interdépendance, fondant le fédéralisme⁹¹⁹.

Le partage de compétences permet de définir les champs dans lesquels les deux ordres de gouvernement, que sont celui des États membres et celui de la fédération, pourront agir et décider. L'autre ordre de gouvernement se verra donc interdire toute

⁹¹⁵ Ronald L. Watts, *Comparaison des régimes fédéraux*, 2^{ème} éd., Montréal et Kingston-London-Ithaca, Institut des relations intergouvernementales, Presses universitaires McGill-Queen's, 2002, p. 8.

⁹¹⁶ Olivier Beaud, *ibidem*.

⁹¹⁷ Anton Greber, *Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates*, 2000, Bâle, Helbing, Lichtenhahn, p. 23, cité par Olivier Beaud, *idem*, p. 184.

⁹¹⁸ Voir Jérôme Elie, « Le fédéralisme américain à l'aube du XXI^{ème} siècle », *Revue d'Allemagne et des Pays de langue allemande*, T. 35, 3-2003, p. 409.

⁹¹⁹ Voir dans ce sens M. J. C. Vile, « Federal Theory and the 'New Federalism' », in Dean Jaensch, *The Politics of 'New Federalism'*, Adelaïde, Australian Political Studies Association, 1977, p. 3.

forme d'intervention dans les domaines de compétences qui ne lui ont pas été attribués. C'est le Pacte fédératif qui établit et détermine cette répartition des compétences la plupart du temps, donnant ainsi à chaque instance, une « *indépendance* » constitutionnellement garantie. Une illustration de l'indépendance aux États-Unis, comme le fait remarquer Olivier Beaud, est l'immunité des États membres par rapport à la fédération⁹²⁰. Ce principe d'immunité permet de délimiter les domaines de compétence de chacun des ordres de gouvernement et d'interdire les immixtions d'un ordre dans le domaine d'un autre. Ce principe d'immunité trouve une claire manifestation dans l'immunité de juridiction qui interdit d'attirer en justice devant une juridiction fédérale un État membre pour un procès privé. Ce principe est protégé par le XI^{ème} amendement de la *Constitution étasunienne*⁹²¹ qui permet les débordements du pouvoir fédéral sur les États.

Le fédéralisme repose sur l'idée de coexistence de groupes différents. Alors si les membres de la Fédération ont des domaines de compétences délimités et protégés, ils n'en demeurent pas moins séparés les uns des autres dans un certain nombre de domaines. Ainsi, s'il existe un principe d'indépendance propre au système fédératif, il est indissociable du « *principe d'interdépendance* »⁹²² organisant la solidarité et l'interaction entre les États membres et la Fédération.

Le Pacte fédératif prévoit l'existence de relations entre les ordres juridiques fédéral et fédérés en organisant les liens qui existent et pourront exister dans ce rapport de coexistence. Pour reprendre le cas étasunien, de manière à rendre compte de la complémentarité de ces deux principes, il convient de citer l'article IV de la Constitution⁹²³ qui envisage et permet au gouvernement fédéral d'agir sur les États membres. Toutefois, le principe d'interdépendance implique une relation à double sens et permet donc aussi aux États membres d'agir sur la Fédération. Cela se manifeste par le

⁹²⁰ Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, 2^{de} éd., Paris, P.U.F., 2009, p. 188.

⁹²¹ « *Le pouvoir judiciaire des États-Unis ne sera pas interprété comme s'étendant à un procès de droit ou d'équité entamé ou poursuivi contre l'un des États-Unis par des citoyens d'un autre État, ou par des citoyens ou sujets d'un État étranger* », 1798.

⁹²² Olivier Beaud, *op. cit.*, p. 189.

⁹²³ Voir, par exemple, la section 1 qui dispose que « *Pleine foi et crédit seront accordés, dans chaque État, aux actes publics, minutes et procès-verbaux judiciaires de tous les autres États. Et le Congrès pourra, par des lois générales, prescrire la manière dont la validité de ces actes, minutes et procès-verbaux sera établie, ainsi que leurs effets* ».

principe de participation qui permet aux États membres de participer à la Fédération, notamment dans la création de la législation fédérale⁹²⁴.

3) Le principe d'indépendance et la technique du renvoi

La caractéristique principale du principe d'interdépendance est la technique du renvoi d'un ordre juridique vers un autre. Pour Olivier Beaud, « *cette technique du renvoi est le moyen par lequel s'effectue principalement la liaison entre la fédération et les États membres [...]* »⁹²⁵. Cette technique permet donc de renvoyer à l'ordre juridique compétent tout objet qui entre dans le champ de compétence de l'autre ordre juridique. Ce phénomène est clairement défini par Hans Nawiaski qui explique : « *la liaison entre les deux ordres juridiques est assurée [...] par le renvoi de l'un à l'autre. L'ordre juridique de la fédération renvoie, pour les objets qui ne relèvent pas de sa propre compétence, à l'ordre juridique fédéré, et l'ordre juridique fédéré, pour les matières qui n'entrent pas dans sa compétence, à l'ordre juridique de la fédération* »⁹²⁶.

La technique du renvoi est un corollaire du principe d'interdépendance, car elle implique que chaque ordre juridique (fédéral ou étatique) reconnaît qu'il est lié à l'autre ordre juridique. Ainsi, l'ordre juridique d'un État membre intègre le droit de l'ordre fédéral et lui accorde toute sa légitimité, et le droit d'un État fait partie du droit fédéral qui lui reconnaît une valeur véritable.

Pour confirmer cette logique d'interdépendance et n'établir aucune hiérarchie entre les deux ordres juridiques, la Cour suprême étasunienne a plusieurs fois reconnu que la fédération ne représentait pas un pouvoir souverain et supérieur aux États membres. Ce fut le cas, notamment, dans la décision *Clafin v. Housemann* de 1876⁹²⁷. Cela rend clairement compte de la logique du système fédératif qui n'envisage pas une hiérarchie entre les ordres de gouvernement et encore moins une supériorité du fédéral sur les ordres fédérés, mais bien une coexistence et une interdépendance entre les ordres juridiques.

⁹²⁴ Voir le paragraphe second du chapitre premier du titre second de la seconde partie.

⁹²⁵ Olivier Beaud, *idem*, p. 190.

⁹²⁶ Hans Nawiaski, *Der Bundesstaatsbegriff*, pp. 23-24, cité par Olivier Beaud, *ibidem*.

⁹²⁷ « *The United States is not a foreign sovereignty as regards the several States, but is a concurrent, and, within its jurisdiction, paramount sovereignty* », Supreme Court, *Clafin v. Housemann*, 93 US 130.

Il ressort de ce premier paragraphe que le Pacte fédératif a indéniablement les caractères d'un contrat. Il est un contrat complexe, d'union de différentes entités. Ces entités peuvent être assimilées aux parties d'un contrat qui préexistent à celui-ci et continueront à exister après la *signature*. Les parties auront manifesté la volonté de s'associer dans un nouveau cadre, dans un nouveau rapport entre elles qui maintiendra leur indépendance et les faisant coexister à côté d'une nouvelle entité qui aura été créée par le Pacte fédératif. Ce dernier semble constituer un élément fondamental et structurant du fédéralisme.

§2 Illustrations du fondement contractuel des Pactes fédératifs étasunien, canadien et brésilien

Les Fédérations prises pour objet d'étude dénotent toutes trois un caractère contractuel dans la formation de leur organisation. Si la Fédération étasunienne le manifeste à plusieurs égards (A), la Fédération canadienne le souligne également et ce, dans une perspective évolutive, dès les origines (B). La Fédération brésilienne, enfin, malgré sa formation par désagrégation, est aussi porteuse de ce trait contractuel, malgré des sentiments *a priori* frileux à cet égard (C).

A) Le fondement contractuel de la Fédération étasunienne

La Fédération étasunienne est l'exemple type du fondement contractuel d'une Fédération⁹²⁸. Cela s'explique dès les origines et les balbutiements de l'association des colonies. Les constituants vont s'entendre sur un texte qui sera un compromis entre les intérêts défendus par les représentants des colonies devenues indépendantes (1). Ce pacte avait pour objectif de maintenir l'autonomie des États sans conduire à une véritable centralisation (2). Pour arriver à ce résultat, des textes précédant le Pacte fédératif manifestaient, déjà, d'un véritable accord de volonté entre des parties indépendantes (3).

1) La nature du Pacte fédératif étasunien

Pour André Tunc, « (...) la constitution des États-Unis d'Amérique – est essentiellement un texte de compromis »⁹²⁹. En effet, l'organisation institutionnelle du gouvernement fédéral a été le résultat du « *grand compromis* » du mois de juillet 1789 portant sur les

⁹²⁸ Olivier Beaud, *idem*, p. 113.

⁹²⁹ André Tunc, Préface, in Alexander Hamilton, John Jay et James Madison, *Le Fédéraliste*, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 18.

pouvoirs alloués à l'entité fédérale par les États eux-mêmes. À l'origine de la Fédération, les constituants jouissent tous de leur pleine autonomie et sont sur un pied d'égalité. Cela signifie que chaque membre de la Fédération garde sa liberté, qu'il ne l'aliène aucunement lors de sa participation au processus de création de la Fédération, sauf à laisser une partie de ses compétences à l'entité fédérale. Aucun rapport hiérarchique n'est créé et toute composante de la Fédération est au même niveau que les autres. Bernard Voyenne souligne cette particularité de la Fédération en écrivant que « *(l)e lien fédéral est, simultanément, unitaire et distinctif* »⁹³⁰.

Les constituants vont décider de quels pouvoirs sera doté le gouvernement fédéral et quels pouvoirs seront laissés à la compétence des États. Ainsi, les grands défenseurs de la création et de l'attribution d'une certaine force à l'entité fédérale que sont notamment James Madison, Georges Washington et Alexander Hamilton ont dû s'entendre et faire des concessions avec les représentants des États pour qu'un compromis puisse être trouvé⁹³¹. De longues séances de discussion ont donc été nécessaires pour arriver à ce que chaque partie accepte des pertes de compétence et particulièrement de souveraineté et s'oblige envers l'autre à respecter ses engagements. Un compromis fut aussi nécessaire pour déterminer le nombre de voix allouées à chaque État dans l'instance représentative de l'entité fédérale. Les petits États voulaient une représentation égale à celle des grands États et ces derniers souhaitaient une représentation proportionnelle. Une convention fut ainsi conclue entre les différents États et aboutit à la création d'une instance de représentation proportionnelle – la Chambre des Représentants –, et d'une autre instance dans laquelle les États étaient représentés selon une représentation égale – le Sénat. André Tunc souligne que « *ce compromis est le trait central de la constitution* »⁹³². Il ajoute que le pouvoir exécutif étant attribué à un Président élu par des grands électeurs, eux-mêmes élus dans les États, et selon un nombre égal au nombre total des Représentants et des Sénateurs des États, cela ne fait que renforcer le compromis de l'égalité et du poids proportionnel des États selon leur population.

Cette convention fut donc acceptée grâce à un compromis entre ce qu'Hamilton considérait comme le « *désirable en soi* » et le « *politiquement possible* ». La réussite d'un accord sur le cadre politique étasunien fédéral a donc été possible grâce à un

⁹³⁰ Bernard Voyenne, *Histoire de l'idée fédéraliste*, Paris, Presses d'Europe, 1976, p. 62.

⁹³¹ André Tunc, *ibidem*.

⁹³² André Tunc, Préface, in Alexander Hamilton, John Jay et James Madison, *op. cit.*, p. 19.

compromis entre ces deux idées⁹³³. Cela a conduit de nombreux commentateurs à parler de « *pacte constitutionnel* »⁹³⁴, et non pas de constitution, pour rendre compte de la nature de cet acte qui a été le fruit d'accords entre différentes personnes s'obligeant les uns envers les autres.

2) La cause de la nature contractuelle du Pacte fédératif étasunien dans sa formation originelle

La Convention de Philadelphie n'a jamais eu l'objectif de faire de l'Union étasunienne un État unitaire et centralisé, niant les marques de souveraineté des États membres⁹³⁵. Les écrits laissés par l'un des *Pères fondateurs*, James Madison, le confirment. Les Articles de la Confédération ayant été violés à de nombreuses reprises, il ne s'agissait pas de changer le contenu de la Constitution et ainsi la forme de l'État qui allait en découler, mais bien plutôt l'autorité que cette constitution pouvait avoir sur les États membres⁹³⁶. Il s'agissait donc simplement de passer d'un traité – les Articles de la Confédération – à un véritable pacte (un *compact*) entre les États membres, pour lui donner davantage un caractère de constitution. Nous considérons donc, avec Jeremy Heymann, qu'il n'a jamais été question pour les *Pères Fondateurs* d'établir autre chose qu'un pacte entre États maintenant une forme importante d'autonomie des composantes de la Fédération⁹³⁷. Aucune centralisation n'a jamais été souhaitée, ni encore moins la création d'un État unitaire. La Constitution des États-Unis d'Amérique n'est rien d'autre qu'un accord, un pacte, un contrat entre ses signataires, ses parties, créant un ensemble nouveau, modifiant l'ordre juridique, politique et juridictionnel des membres, mais préservant l'existence et une autonomie, voire une souveraineté certaine, des États qui composent cette nouvelle entité.

Néanmoins, le caractère de pacte de la Constitution fédérative fut transformé par la suite en véritable Loi fondamentale. Ce changement de conception fut notamment

⁹³³ Voir André Tunc, *idem*, p. 22.

⁹³⁴ Voir, par exemple, Jacques Lambert, *Histoire constitutionnelle de l'Union américaine*, Lyon, Annales de l'Université de Lyon, 1934, p. 4.

⁹³⁵ Jeremy Heymann, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris, Economica, 2010, p. 35.

⁹³⁶ Voir Gailard Hunt and James Brown Scott, *The Debates in the Federal Convention of 1787 which framed the Constitution of the United States of America*, Reported by James Madison, New York, Oxford University Press, 1920, 731 p.

⁹³⁷ Jeremy Heymann, *ibidem*.

permis et conduit par la jurisprudence de la Cour suprême, qui dégagait de la valeur de ce texte la souveraineté du peuple⁹³⁸. Selon Sylvia Snowiss, le juge Marshall a permis cela en établissant d'abord le sens de la Constitution aux fins de contrôle judiciaire à travers un processus d'exposition textuelle suivant les règles d'interprétation des lois. Au fur et à mesure, Marshall fit ressortir des mots à portée constitutionnelle et examina leur contenu. Il put alors prendre la mesure de ces mots ainsi que leur intention et leur esprit dans la Constitution. Ce faisant, il insista sur la primauté des termes utilisés dans la Constitution⁹³⁹. Cela ressort, par exemple, de l'opinion qu'il rédigea dans l'arrêt de la Cour suprême *Marbury v. Madison*⁹⁴⁰.

Le Pacte fédératif étasunien, qui prit le nom de « *constitution* », acquit alors une portée tout à fait fondamentale puisque ce pacte devait par la suite s'imposer à toutes les normes juridiques déjà en vigueur et futures en jouissant d'un statut hiérarchiquement supérieur.

3) Les textes pré-constituants et constituants manifestant le caractère contractuel du Pacte fédératif

La volonté pour les États de s'unir dans une association telle que la Fédération se vérifie dans les textes annonçant ou établissant la Fédération. Les exemples sont multiples dans les textes étasuniens et la référence à la libre volonté des États ou du peuple est remarquable à plusieurs reprises. Le cas étasunien présente plusieurs exemples précis dès les premières manifestations de volonté d'administration des colonies anglaises sur le sol Nord-américain.

⁹³⁸ Voir Sylvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1990, 228 p.

⁹³⁹ « *First he established the meaning of the constitution, for the purpose of judicial review, through a process of textual exposition following the rules for statutory interpretation. In case after case Marshall painstakingly defined constitutional words and then examined their context. Only then did he consider the intent or spirit of the constitution and in doing so insisted on the primacy of constitutional words* » in Sylvia Snowiss, *op. cit.*, p. 121.

⁹⁴⁰ « *(l)es compétences du pouvoir législatif sont définies et limitées ; et c'est pour que ces limites ne soient pas ignorées ou oubliées que la Constitution est écrite. A quoi servirait-il que ces pouvoirs soient limités et que ces limites soient écrites si ces dites limites pouvaient, à tout moment, être outrepassées par ceux qu'elles ont pour objet de restreindre ? Lorsque ces limites ne s'imposent pas aux personnes qu'elles obligent et lorsque les actes interdits et les actes permis sont également obligatoires, il n'y a plus de différence entre un pouvoir limité et un pouvoir illimité. C'est une proposition trop simple pour être contestée que soit la Constitution l'emporte sur la loi ordinaire qui lui est contraire, soit le pouvoir législatif peut modifier la Constitution au moyen d'une loi ordinaire* », Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137; 2 L. Ed. 60 (1803).

Le premier exemple est le *Mayflower Compact* qui est un pacte passé entre les colons de Plymouth aux États-Unis, signé le 11 novembre 1620, pour organiser l'administration de la colonie. Signé par plus d'une quarantaine de personnes, il va servir de base à la future Constitution étasunienne et va contenir des éléments qui permettront, par la suite, de construire la Fédération étasunienne⁹⁴¹. L'idée de contrat, d'accord, de pacte, ressort clairement de ce texte dont la formation sous forme de contrat passé entre les *Pilgrims* qui vont vivre dans la colonie et l'administrer, sera reprise par la suite dans la création de la Fédération.

Le deuxième exemple se rapporte au sermon prononcé par John Winthrop en 1630, lors de l'établissement de la colonie du Massachusetts. Il vise à régler le problème de l'établissement d'une communauté politique et ecclésiastique dès l'arrivée des colons en Nouvelle-Angleterre⁹⁴². Cette logique du contrat, du pacte, perdurera dans la logique étasunienne de formation et de construction de la Fédération. Daniel Elazar note ainsi un rapprochement entre l'idée d'alliance, du point de vue religieux et le pacte, du point de vue philosophique⁹⁴³.

⁹⁴¹ « Ayant entrepris, pour la gloire de Dieu, pour la propagation de la foi chrétienne, et l'honneur de notre roi et de notre pays, un voyage pour implanter la Première Colonie dans les régions septentrionales de Virginie, par la présente, **nous convenons solennellement ensemble** (souligné par nous), devant Dieu et devant chacun d'entre nous, de nous constituer en un corps politique civil, pour notre administration et sauvegarde et par delà, aux fins susdites ; et en vertu de cela de nous conformer, de décider et de concevoir à l'occasion des lois, ordonnances, actes, décrets et obligations, aussi justes et équitables qu'il semblera à propos et convenable d'adopter pour le bien public de la Colonie, et auxquelles nous promettons toute la soumission et l'obéissance requises. En témoignage de quoi nous avons ci-dessous apposés nos noms à Cape Cod, ce 11 novembre de la quatrième année du règne de notre souverain seigneur Jacques, dix-huitième roi d'Angleterre, de France et d'Irlande, et cinquante-quatrième roi d'Écosse » (traduit par nous) *Mayflower Compact*, Anno Domini 1620.

⁹⁴² « Ainsi, la cause est entre Dieu et nous. **Nous avons conclu cette alliance** (souligné par nous) avec lui pour ce travail, nous avons constitué une Commission, le Seigneur nous donne l'autorisation de créer nos propres règles, (...) Maintenant, s'il plaît au Seigneur de nous entendre, et de nous permettre de vivre en paix à l'endroit où nous le désirons, il a donc ratifié ce Pacte et scellé notre Commission [et] s'attend à une stricte exécution des articles qu'il contient, mais si nous négligeons l'observation de ces articles (...) le Seigneur ne manquera pas de laisser éclater sa colère contre nous (...) et de nous faire connaître le prix de la violation d'une telle alliance (...) », (traduit par nous), John Winthrop, "A Modell of Christian Charity," in Miller and Johnson, *The Puritans* 1, p. 198.

⁹⁴³ « à partir de 1787, le courant théologique des idées d'alliances et le courant philosophique des idées de pacte étaient devenus tellement mêlés au sein de la notion de constitutionnalisme qu'il était difficile de séparer leurs effets. Mais, étant donné que le système fédéral mis en place par les auteurs présente une similitude bien plus grande avec les systèmes politiques proposés par les théologiens fédéralistes et mis en œuvre dans leurs assemblées religieuses qu'avec les systèmes politiques proposés par Hobbes ou Locke, et étant donné que les Américains utilisaient déjà la logique d'alliance dans leurs sociétés civiles bien avant que les philosophes spéculatifs aient adopté cette idée, il est difficile d'éviter la conclusion selon laquelle les idées d'alliance avaient, en dernière analyse, une influence plus décisive que celles de la nouvelle

Le troisième exemple est le texte de la Confédération de la Nouvelle-Angleterre de 1643. En effet, un double caractère est déjà présent dans ce texte puisqu'il met en avant l'idée de convention ainsi que de volonté de s'associer, et fait ressortir ensuite l'esprit contractuel de cette convention créant une confédération. Cet acte précise :

« (...) *Il est pleinement convenu et conclu par et entre les parties des autorités ci-dessus nommées et celles qui acceptent conjointement et séparément, par le document présent, de convenir et de conclure qu'elles seront dorénavant désignées sous le nom de Colonies Unies de la Nouvelle Angleterre.*

Lesdites colonies acceptent (...) d'entrer par le présent acte, conjointement et séparément dans une ligue perpétuelle d'amitié et d'entraide (...) ».

Ressortent de ces articles la notion de convention (*agreement*) et la volonté individuelle de s'unir (« *acceptent conjointement et séparément* ») pour créer une nouvelle entité qu'est la Confédération de la Nouvelle-Angleterre. Olivier Beaud souligne le caractère « *quasi contractuel* »⁹⁴⁴ de ce texte de par la formulation des articles, mais également par les termes employés comme « *agreement* ».

Enfin, dans *The Federal Constitution*, il est fait allusion à ce « *libre consentement* » dès le début. En effet, on peut noter au point numéro cinq, concernant les caractéristiques du gouvernement fédéral, une référence importante à la libre volonté du peuple dans l'érection du gouvernement fédéral : « *As we have indicated, the government of the United States was erected by the free voice and joint will of the American people, for their common defence and general welfare* »⁹⁴⁵. La Constitution étasunienne impose, de plus, aux États de ne pas ratifier de traité, d'alliance ou de participation à une confédération, battre monnaie, entretenir des troupes ou des navires de guerre en temps de paix, conclure des accords ou des pactes avec un autre État ou une puissance étrangère, ni entrer en guerre. Elle interdit au Congrès ou aux États de délivrer des titres

science politique » (traduit par nous) Daniel J. Elazar, *The Covenant Tradition in Politics*, vol. 3, *Covenant and Constitutionalism: The Great Frontier and the Matrix of Federal Democracy*, New Brunswick and London, Transaction Publishers, 1998, p. 78.

⁹⁴⁴ Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, 2^{de} éd., Paris, P.U.F., 2009, p. 124.

⁹⁴⁵ « *Comme nous l'avons indiqué, le gouvernement des États-Unis a été érigé par la voix libre et la volonté commune des peuples étasuniens, pour leur défense commune et le bien-être général* », John F. Baker, *The Federal Constitution : An Essay*, New York, G.P. Putnam's Sons, 1887, p. 41.

de noblesse ou de « *lever des impôts ou des droits sur les importations ou les exportations autres que ceux qui seront absolument nécessaires* »⁹⁴⁶.

La Fédération étasunienne s'est donc construite autour de la notion de contrat. Dès les premiers moments, les négociations entre les États pour s'associer et créer une nouvelle entité les regroupant se sont manifestées sous la forme de conventions ou de pactes. Les États y ont manifesté leur libre volonté de s'associer. Un contrat a été passé entre le peuple et les gouvernants. J. Wayne Baker confirme cela en écrivant que « *The founders formed a federal community based on a covenant among the people. The Constitution itself is the basic law under which this covenanted community exists* »⁹⁴⁷.

B) Le développement du caractère contractuel du Pacte fédératif canadien

Si la Fédération canadienne a été acceptée par le Parlement britannique, l'existence d'un pacte dès les origines de la Fédération n'en demeure pas moins présente (1). Le caractère contractuel a été par la suite accentué par l'évolution de la Fédération canadienne, notamment dans le cadre des relations entre les communautés puis les ordres de gouvernement (2).

1) Le cadre historique originel comme base du caractère contractuel de la Loi constitutionnelle de 1867

Avant l'adoption de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* en 1867 (*Loi constitutionnelle de 1867*), le Canada était composé de deux grandes composantes : le Canada-Est et le Canada-Ouest. L'*Acte constitutionnel de 1791* adopté par le Parlement impérial créa le Haut-Canada (Canada-Ouest à partir de 1840) et le Bas-Canada (Canada-

⁹⁴⁶ La section 10 de l'article 1^{er} de la Constitution étasunienne prévoit : « *No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility.*

2: *No State shall, without the Consent of the Congress, lay any Imposts or Duties on Imports or Exports, except what may be absolutely necessary for executing it's inspection Laws: and the net Produce of all Duties and Imposts, laid by any State on Imports or Exports, shall be for the Use of the Treasury of the United States; and all such Laws shall be subject to the Revision and Controul of the Congress.*

3: *No State shall, without the Consent of Congress, lay any Duty of Tonnage, keep Troops, or Ships of War in time of Peace, enter into any Agreement or Compact with another State, or with a foreign Power, or engage in War, unless actually invaded, or in such imminent Danger as will not admit of delay ».*

⁹⁴⁷ J. Wayne Baker, « *Faces of Federalism: From Bullinger to Jefferson* », *Publius*, Fall 2000, p. 41.

Est à partir de 1840). Il reconnut au Bas-Canada⁹⁴⁸ des droits (relativement) identiques à ceux du Haut-Canada ainsi que des libertés politiques et parlementaires semblables sur la forme⁹⁴⁹. Le peuple québécois se vit alors reconnaître juridiquement sa souveraineté collective, ce qui lui permit de découvrir le parlementarisme et de l'adapter à sa propre culture⁹⁵⁰. Cela était donc la preuve de la coexistence de deux peuples distincts vivant sur un territoire divisé mais propre et administrés par des institutions politiques communes. Ceci est un élément important car la *Loi constitutionnelle de 1867* sera le fruit d'un compromis entre les provinces, en tant que parties s'engageant les unes envers les autres dans le cadre d'une convention. Ces deux colonies, unifiées en 1840, étaient peuplées de manière inégale en termes démographique et culturel, et les canadiens français représentaient la majorité de la population du Bas-Canada en 1840, lors de l'adoption de l'Acte de Québec⁹⁵¹. Celui-ci, sans considérer le contenu des règles et des effets juridiques qu'il engendrait, conduisait à reconnaître l'existence d'une nationalité canadienne française et donc l'existence d'un peuple différent du peuple britannique⁹⁵². Il rétablit également l'application du droit civil français dans la province. L'*Acte d'Union* de 1840, malgré une volonté d'assimilation, ne put que maintenir la coexistence des deux nationalités. Et si le Haut et le Bas-Canada, devenus Canada-Ouest et Canada-Est, étaient intégrés à la Province du Canada et faisaient partie de la même entité administrative et politique, ces deux territoires s'affrontaient au Parlement. Deux législatures existaient en pratique (mais pas en droit), deux systèmes de lois cohabitaient sur le même territoire du Canada, et chaque « *nationalité* » faisait pression sur l'autre pour qu'elle acceptât de voter les ressources nécessaires à ses besoins. Toutefois, hors du cadre politique, les deux nationalités considéraient qu'elles avaient un destin commun et se reconnaissaient des droits et des devoirs réciproques.

⁹⁴⁸ Le Bas-Canada comprenait le territoire de l'Est et du Sud du Québec actuel et le Labrador, peuplé de francophones.

⁹⁴⁹ Le Bas-Canada comme le Haut-Canada sont dotés d'une assemblée élective mais le pouvoir législatif est partagé entre cette chambre, un Gouverneur et un Conseil législatif dont les membres sont nommés par le Gouverneur. Ceci permet de faire contrepoids à l'assemblée élective du Bas-Canada, de majorité francophone. Ajoutons que si les chambres détiennent le pouvoir législatif, les lois impériales ont une supériorité au nom du principe de l'incompatibilité (*repugnancy*). De plus, l'Acte constitutionnel de 1791 permet la reconnaissance de l'identité culturelle québécoise. Cela signifie que la souveraineté québécoise est reconnue juridiquement.

⁹⁵⁰ Voir Henri Brun, *La formation des institutions parlementaires québécoises, 1791-1838*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1970, p. 16.

⁹⁵¹ Voir Eugénie Brouillet, *La négation de la nation*, Québec, Les Éditions du Septentrion, 2005, p. 112.

⁹⁵² Acte de Québec, L. R. C. 1985, app. II, n°2.

Le caractère contractuel dans la Fédération canadienne se retrouve dès les prémices de la Constitution au milieu du XIX^{ème} siècle. La césure entre les canadiens anglophones et les canadiens francophones est telle que chacun se considère éloigné de l'autre, malgré une conscience de vie collective. Aujourd'hui et sous l'empire de la *loi constitutionnelle de 1867*, Bernard Bissonnette retranscrit cette atmosphère en indiquant l'état d'esprit des représentants des citoyens au Parlement fédéral : « *nous sommes égaux dans la représentation électorale de ce parlement. Rien ne peut être fait sans notre volonté comme nous ne pouvons rien faire sans la vôtre* »⁹⁵³. Il ressort de ce sentiment que deux parties existent et qu'elles doivent s'entendre pour aller de l'avant et faire évoluer la situation, d'un point de vue juridique. Comme dans un contrat où les deux parties, par définition différentes l'une de l'autre, doivent aller de concert pour agir dans un sens ; chacune est consciente que l'autre est nécessaire à toute avancée et que les différences de chacun doivent parfois être mises de côté pour que chacun trouve des sources de satisfaction sous forme de contreparties. À titre d'exemple, l'on peut indiquer que de 1850 à 1864, un gouvernement devait avoir le soutien du Bas-Canada et du Haut-Canada pour pouvoir être en place⁹⁵⁴. De la même façon, lorsque George Brown, responsable politique du Haut-Canada, s'exprima lors de la première conférence préliminaire à la fédération de 1867, il énonça l'idée suivante : « *Nous avons [...] formé une coalition pour régler avec justice et pour toujours les relations constitutionnelles entre le Haut et le Bas-Canada. Nous nous sommes entendus sur un mode de règlement qui a été accepté par une forte majorité du Parlement. Nous avons pris l'engagement officiel de proposer à la prochaine session un bill conforme aux conditions de notre pacte (...)* »⁹⁵⁵.

Il ressort ainsi clairement de cela la libre volonté des colonies anglaises d'Amérique du Nord ou des Provinces canadiennes de s'associer pour créer une nouvelle entité (fédérale). Cette association, dans les deux cas, s'est faite par la conclusion d'un accord entre parties qui prend la forme d'un pacte qui deviendra par la suite fédératif.

⁹⁵³ Bernard Bissonnette, *Essai sur la Constitution du Canada*, Montréal, Les Editions du Jour, 1963, p. 35.

⁹⁵⁴ Bernard Bissonnette, *ibidem*.

⁹⁵⁵ Bernard Bissonnette, *idem*, p. 43.

2) La loi constitutionnelle de 1867, véritable Pacte fédératif

Le texte de 1867 est vu par les Canadiens comme un « *pacte* », un accord constitutionnel⁹⁵⁶. L'idée de compromis ressort bien du pacte de 1867 et de plusieurs façons.

C'est tout d'abord le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui énonce « *le désir de contracter une Union fédérale* » et précise que les provinces qui se sont unies souhaitent former une Union fédérale⁹⁵⁷.

Ensuite, l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a reconnu de manière officielle et pour la première fois plusieurs droits à la communauté francophone : la possibilité d'utiliser la langue française au Parlement fédéral, la possibilité d'adopter des lois dans les langues anglophone et francophone au Parlement fédéral et dans les chambres de la législature du Québec ou le droit de saisir les tribunaux dans les deux langues. Jusque-là, son utilisation y était interdite. Le compromis est d'autant plus manifeste que cela s'est fait aussi grâce au concours des provinces de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick, pour protéger leurs communautés respectives francophones et dans la logique de compromis qui s'était déjà manifestée lors de l'*Acte d'Union de 1840* ou dans les débats précédents et préparant la création de la Fédération canadienne. Il convient néanmoins de signaler que l'article 133 ne s'applique qu'au Parlement fédéral et à la législature du Québec. Bernard Bissonnette met en exergue cette idée de compromis dans la création de la Fédération et écrit dans ce sens que « *il devient certain et évident que non seulement le Haut-Canada mais les provinces maritimes admettaient que Québec ne consentait à se joindre à la fédération qu'en raison de garanties qu'on lui offrait* »⁹⁵⁸.

Enfin, renforçant le caractère contractuel de ce Pacte fédératif, pour asseoir la légitimité du pacte conclu entre le Haut-Canada, le Bas-Canada et les autres provinces qui reconnaissait des concessions mutuelles, Lord Carnarvon, qui avait participé à la

⁹⁵⁶ Bernard Bissonnette, *idem*, p. 44.

⁹⁵⁷ « *Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (Dominion) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni* » (traduit par nous), *A Consolidation of the Constitution Acts, 1867 to 1982*, THE CONSTITUTION ACT, 1867, 30 & 31 Victoria, c. 3. (U.K.), (Consolidated with amendments), An Act for the Union of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick, and the Government thereof; and for Purposes connected therewith, (29th March 1867).

⁹⁵⁸ Bernard Bissonnette, *idem*, p. 45.

rédaction de la *Loi constitutionnelle de 1867*, signifia le souhait de faire reconnaître le pacte conclu par une autorité extérieure. Cette autorité devait sanctionner le compromis trouvé entre les différentes provinces pour l'officialiser et lui donner une légitimité normative. Ceci, à l'instar de tout contrat qui prévoit la reconnaissance de sa portée à l'égard des tiers qui, du fait leur qualité de partie extérieure au contrat, le reconnaissent et lui confèrent une valeur. Ce tiers peut tout aussi bien être une autorité extérieure au pacte qui le sanctionne ou un juge qui aura la compétence pour régler les différends qui existeront et seront le fruit de ce compromis.

Aujourd'hui, la logique contractuelle se rencontre également dans les relations entre les entités de la Fédération, les relations de coopération entre les provinces canadiennes, qui se matérialisent par des ententes⁹⁵⁹. Nous l'avons vu, le partage des compétences réalisé par les textes constitutionnels canadiens n'empêche pas les actions d'un ordre de gouvernement dans une sphère de compétence qui n'est pas la sienne, ou bien la coopération entre deux ou plusieurs entités de la Fédération. La Cour suprême canadienne n'a pas joué un rôle de véritable protecteur de la répartition des compétences en ayant une attitude assez permissive vis-à-vis du pouvoir fédéral, notamment en ce qui concerne le pouvoir de dépenser⁹⁶⁰. Cependant, elle a souhaité poser un certain nombre de limites à la pratique des ententes et a indiqué que celles-ci relevaient du droit privé et plus particulièrement du droit des contrats⁹⁶¹. La particularité de tels contrats est qu'ils sont passés entre des gouvernements.

L'idée contractuelle et de compromis se retrouve dans de nombreux domaines. Le XIX^{ème} siècle sera une période d'opposition des volontés des peuples anglophones et francophone et conduira à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui sera également la manifestation d'un accord, d'un contrat.

Aujourd'hui, aux plans institutionnel et de coordination entre le niveau provincial et le niveau fédéral, nous l'avons vu précédemment, les ententes fédérale-provinciales

⁹⁵⁹ Marc-Antoine Adam, « Le fédéralisme, le pouvoir de dépenser et l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867* », 3^e Congrès de l'Association québécoise de droit constitutionnel à l'Université Laval, mai 2007. (http://www.aqdc.org/volumes/pdf/adam-federalisme_pouvoir_de_depenser.pdf).

⁹⁶⁰ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, pp. 427 à 434.

⁹⁶¹ Voir Cour suprême, *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada* (1991) 2 R.C.S. 525.

entre les exécutifs sont de plus en plus nombreuses et revêtent un caractère de plus en plus contractuel⁹⁶². Ces ententes sont le fruit de discussions entre les membres de l'exécutif des deux ordres de gouvernement et aboutissent à des programmes communs par des compromis. Le caractère contractuel se retrouve donc au plus haut degré de la Fédération puisque les conférences fédérale-provinciales regroupent les représentants et les chefs des exécutifs provinciaux et fédéral.

C) Le véritable Pacte fédératif des provinces brésiliennes

La Fédération brésilienne, malgré sa réalisation par désagrégation, résultat du passage d'un empire à une organisation fédérative, présente les caractères contractuels propres à la formation d'une Fédération. Les provinces de l'empire souhaitèrent faire partie d'une Fédération brésilienne lors de la création de la Fédération (1). Ce caractère contractuel se retrouve également dans le pacte constitutionnel adopté en 1988 (2).

1) La volonté des provinces de l'empire brésilien de former une Fédération

Le caractère contractuel de la Fédération brésilienne ne se manifeste pas *a priori* comme c'est le cas des Fédérations étasunienne ou canadienne. Toutefois, s'il ne ressort pas directement d'une étude première de la Fédération brésilienne, il ne peut être exclu lorsque l'on étudie la période pré-fédérative et que l'on analyse sous cet angle la formation fédérale. Ce caractère contractuel est ainsi indéniable et est le fruit de l'histoire politique du Brésil.

En effet, si la Fédération brésilienne ne résulte pas d'un phénomène d'agrégation, mais plutôt de dissociation, elle n'échappe pas à l'importance de la marque contractuelle dans son essence même. Avant la mise en place d'une Fédération en 1889, reconnue constitutionnellement en 1891, le Brésil était un empire indépendant de son ancien colonisateur, le Portugal. Cet empire, tout comme lors de son occupation par les Portugais, était continuellement menacé tant d'un point de vue extérieur qu'intérieur. D'un point de vue extérieur, de nombreuses puissances souhaitaient s'approprier des territoires sur cette partie du « *Nouveau Monde* ». Ainsi, du XVII^{ème} au XIX^{ème} siècles, des invasions hollandaises, espagnoles et françaises menacèrent les terres

⁹⁶² Nicole Bolleyer, « Federal Dynamics in Canada, the United States, and Switzerland: How Substates' Internal Organization Affects Intergovernmental Relations », *Publius : The Journal of Federalism*, volume 36, number 4, pp. 471–502.

brésiliennes⁹⁶³ et certaines villes tombèrent aux mains des assaillants à plusieurs reprises car aucune unité n'existant dans cet immense ensemble⁹⁶⁴. De plus et d'un point de vue interne, durant cette période, de nombreux mouvements séparatistes furent à l'origine de révoltes et d'instabilité dans cet immense ensemble qui ne pouvait jouir d'aucune unité du fait de la trop grande distance entre les villes et de l'absence, parfois, d'autorité royale. Jusqu'au début du XIX^{ème} siècle, le Brésil va donc garder le statut de colonie « agitée ». Néanmoins, l'arrivée du roi du Portugal, Jean VI, va marquer un tournant dans l'histoire du pays. Fuyant les troupes de Napoléon, il va installer la tête du royaume et de l'empire portugais au Brésil qui devient la capitale de l'empire colonial en 1808. À cette époque, le Brésil est constitué de « capitaineries » très indépendantes les unes des autres⁹⁶⁵, ceci résultant, bien sûr, de l'immensité du territoire et des grandes difficultés pour relier des États non limitrophes. Rio de Janeiro, qui était la capitale, n'avait de pouvoir que sur le Sud. L'année 1820 va voir se manifester un soulèvement important qui va conduire à la création de *Cortes* constituantes. Un nouveau régime est alors mis en place. Le roi restera à la tête du pays, mais en 1822, le roi Dom Pedro, fils de Jean VI, déclara l'indépendance du Brésil. À partir de cette période, les régions divisées en provinces⁹⁶⁶ jouissent, avant la mise en place d'un système fédératif en 1889, de certains pouvoirs⁹⁶⁷. En effet, l'Acte additionnel de 1834 amendant la *Constitution de l'Empire de 1824* manifesta une première volonté de décentralisation. Pendant quasiment soixante-dix ans, le Brésil va connaître une période de nombreux conflits et de troubles. Un grand nombre de révoltes et de guerres vont avoir lieu durant cette période divisée en trois moments : le Premier Empire, la Régence et le Second Empire⁹⁶⁸. On en dénombre une

⁹⁶³ Celina Souza, « Federal Republic of Brazil », in John Kincaid et Alan Tarr, *A Global Dialogue on Federalism - Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Montréal & Kingston, McGill – Queen's University Press, 2005, p. 78.

⁹⁶⁴ Pour ne citer que les plus célèbres, Salvador da Bahia ou Rio de Janeiro qui était les plus grandes villes alors furent occupées par les Hollandais, les Français et les Espagnols.

⁹⁶⁵ Voir Frédéric Mauro, *Histoire du Brésil*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1973, p. 56.

⁹⁶⁶ L'article 2 de la *Constitution de 1824* divise territorialement l'Empire du Brésil en provinces, voir Raul Machado Horta, « O Estado-membro na Constituição Federal Brasileira », *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n°69/70, julho de 1989/janeiro de 1970, p. 62.

⁹⁶⁷ Adalberto Pimentel Diniz de Souza, « A mecânica do federalismo », *Revista de informação legislativa*, vol. 42, n° 165, jan./mar. de 2005, pp. 169-176.

⁹⁶⁸ La période du Premier Empire, qui s'étend de 1822 à 1831 connut la guerre d'indépendance (1822-1823), le conflit de la Confédération de l'Equateur (1824), la guerre de Cisplatine (1825-1828) et la révolte des Mercenaires en 1828. Puis, durant la période de la régence de 1831 à 1841, neuf conflits ébranlèrent le Brésil : les troubles de Rio de Janeiro (1831-1832), le conflit de la Fédération de Guanais en 1832, les désordres du Mato Grosso en 1834, la révolte des Mâles en 1835, de Cabanagem (1835-1840), la guerre des Farrapos (1835-1845), de Sabinada (1837-1838), de Balaiada (1838-1841) et la République Juliana

trentaine reconnues officiellement. Les attaques, les révoltes et les guerres de sécession ou bien de conquête ou de défense contre les pays voisins furent donc nombreuses et empêchèrent toute création d'unité et d'homogénéité dans le pays. L'immensité du territoire empêchait, de plus, les communications et les déplacements de troupes rapides d'une ville ou d'une région à une autre. Enfin, la coordination entre les multiples régions n'était pas très effective et le royaume était composé de régions administrées par des notables locaux, sans liens rapprochés avec le roi ou l'empereur. Par la suite, la *Constitution de 1934* mit en place une décentralisation importante par la création d'assemblées locales, donnant aux provinces des pouvoirs financiers par des systèmes propres de ressources ainsi qu'un pouvoir judiciaire local propre⁹⁶⁹.

Le Brésil ne jouissait donc d'aucune unité du fait des nombreux soulèvements, malgré les réformes de la part de l'Empereur pour conduire le pays vers une plus grande centralisation. Si l'Empereur réussit à reprendre la maîtrise du pouvoir et instaura une certaine liaison avec les territoires, la politique intérieure se dégrada à partir de 1870.

Aujourd'hui, Celina Souza explique cette absence d'unité sur le fondement de l'article 1 de la *Constitution fédérative de 1988*, qui donne le pouvoir au peuple et non à la nation : cette dernière n'existe pas, car le Brésil n'a jamais connu d'union nationale ni d'histoire commune. Elle écrit que « *la Constitution déclare que "les pouvoirs émanent du peuple" (art. 1), et pas de la nation en tant que communauté d'individus partageant une histoire commune, [...] des unités constituantes de la fédération en tant qu'États membres* »⁹⁷⁰. Elle souligne ensuite que le système fédératif brésilien repose sur le principe d'individualisme et non sur la collectivité⁹⁷¹.

Cela renforce donc l'idée que les régions qui composaient l'empire brésilien étaient largement éloignées de l'empereur et que la formation de la Fédération ne s'est

(1839-1845). Enfin, la période du Second Empire, de 1841 à 1889, ne fut pas exempte de soulèvements et de désordres multiples. On en dénombre quatorze : les révoltes libérales de 1842, la révolte Praieira (1848-1850), l'insurrection de Queimados (1849-1850), la guerre contre Oribe et Rosas (1851-1852), la révolte du Ronco da Abelha (1851-1852), le conflit du théâtre Saint Jean en 1854, les émeutes dites « *de la viande sans os* » en 1858, la Question Christie en 1863, la guerre contre Aguirre en 1864, la guerre de la Triple Alliance (1864-1870), la révolte des Muckers en 1874, la révolte du Quebra-Quilos (1874-1875), la guerre des Femmes (1875-1876) et le soulèvement du Vintém (1879-1880).

⁹⁶⁹ Flávio Bauer Novelli, « Notes on the Brazilian Tax System », in Jacob Dolinger & Keith S. Rosenn, *A Panorama of Brazilian Law*, Lynne Rienner, University of Miami, 1992, pp. 53-79.

⁹⁷⁰ Celina Souza, « Federal Republic of Brazil », in John Kincaid et Alan Tarr, *A Global Dialogue on Federalism – Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Montréal & Kingston, McGill – Queen's University Press, 2005, p. 78.

⁹⁷¹ « [...] *Brazil's federal system is built on the principle of individualism rather than communalism* », Celina Souza, *ibidem*.

pas faite suivant une simple dissociation de l'empire, mais bien par une volonté des régions de faire partie d'un ensemble bien plus grand que celui que représentait leur territoire régional. La Fédération brésilienne s'est donc construite sur la volonté des territoires de se regrouper dans un ensemble uni, avec des lois communes dans un certain nombre de domaines, en partie pour mettre fin aux multiples conflits que pouvaient connaître le pays.

2) Le caractère contractuel de la Fédération brésilienne aujourd'hui

Aujourd'hui, le caractère contractuel de la Fédération brésilienne se retrouve également dans la conception même du système fédératif.

En ce qui concerne, par exemple, la répartition des pouvoirs, qui est l'un des éléments fondamentaux du système fédératif, le principe repose sur la coopération car le rôle de chaque ordre de gouvernement n'est pas prévu par le texte constitutionnel. L'exemple le plus significatif est donné par Marcelo Piancastelli, citant l'article 23 de la *Constitution fédérative de 1988* qui indique qu'« une loi complémentaire fixe les normes de la coopération entre l'Union, les États, le District fédéral et les Communes dans un souci d'équilibre du développement et de bien-être sur tout le territoire national »⁹⁷². Les mises en œuvre et les matérialisations de ce principe se réalisent par l'idée et le principe de coopération qui implique, nous l'avons vu, la rencontre d'au moins deux instances ou entités – quelles qu'elles soient –, la rencontre de volontés, la réalisation d'obligations de faire ou de ne pas faire quelque chose, et la mise en place de contreparties. Cela se matérialise parfois par des documents écrits stipulant les conditions à respecter. La logique contractuelle est donc tout à fait respectée.

Un autre des caractères contractuels du Pacte fédératif est la reconnaissance d'un juge qui sera chargé de régler les différends survenus entre l'entité fédérale et les États fédérés. Ce juge qui est généralement désigné sous le nom de « *Cour suprême* » sera la plupart du temps créé par le Pacte fédératif, qui prévoira également les règles qui le régiront et sa compétence juridictionnelle. Notre étude ne portant pas sur l'aspect judiciaire, nous ne développerons pas ce thème davantage.

⁹⁷² Marcelo Piancastelli, « The Federal Republic of Brazil », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, McGill – Queen's University Press, 2006, p. 86.

CONCLUSION

La Fédération est intimement liée au contrat. Elle porte en elle-même la logique contractuelle à de nombreux points de vue. D'abord étymologiquement, le *foedus* est un pacte, une alliance. Il conditionne la Fédération, car il en est une composante essentielle. Ensuite, le contrat est à la base de la formation de la Fédération. Althusius, le premier penseur du fédéralisme, envisage une société dans laquelle un contrat est passé entre les membres de la société et les souverains. Un contrat est également passé entre les membres de la société, société qui est organisée sous la forme fédérative. Les éléments constitutifs du contrat sont manifestes dans la formation de la Fédération, car celle-ci nécessite une volonté commune de s'associer, de la part des parties souhaitant créer la Fédération, ainsi que la recherche d'un but commun. Ce but commun, s'il peut être variable et composite (recherche de sécurité, alliance stratégique, recherche de meilleures conditions économiques ou politiques, etc...) reste indispensable et nécessaire dans la création de la Fédération. De plus, la création de la Fédération est matérialisée par un Pacte fédératif, qui réunit en son sein les éléments constitutifs du contrat. Il est un acte d'union entre différentes parties qui décident de s'associer et de créer ensemble une nouvelle entité pour suivre des buts communs. Le Pacte fédératif est donc à la fois un contrat politique, puisqu'il établit des règles d'organisation de la société et notamment des règles relatives à la mise en place d'institutions nouvelles, et un contrat d'union.

Cette nature contractuelle se retrouve dans les Fédérations étasunienne, canadienne et même brésilienne. La volonté de s'unir pour créer un nouvel ensemble autonome et indépendant permettant d'assurer une sécurité commune et un destin commun sont deux des raisons essentielles de la formation de la Fédération étasunienne. La Fédération canadienne fait également preuve du caractère contractuel de la création de cette nouvelle entité. Les deux grandes provinces qu'étaient le Haut et le Bas-Canada, ainsi que le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse, ont décidé de s'associer pour créer la Fédération canadienne, donnant à chacune des droits et des devoirs réciproques. Cette logique contractuelle a ensuite déterminé les relations institutionnelles et politiques au sein de la Fédération, notamment par les ententes fédérale-provinciales qui organisent les relations entre les ordres de gouvernement. Concernant la Fédération brésilienne, si celle-ci s'est formée par dissociation, il en résulte néanmoins un important caractère contractuel dans sa création. Les États composant le royaume du Brésil étaient très indépendants les uns des autres et de nombreux conflits sociaux séparatistes existaient.

Les États ont néanmoins manifesté la volonté de s'associer dans un projet commun et donc de se rapprocher les uns des autres. La constitution actuelle garde aussi un caractère contractuel en mettant en avant la coopération entre les ordres de gouvernement, impliquant la rencontre des volontés et la recherche de buts communs.

Ce chapitre nous a donc permis, dans notre recherche des éléments de **définition** du fédéralisme, de constater que le contrat fait partie des points essentiels. La présence du contrat à la base de la société et lors de la formation de la Fédération en fait un instrument indispensable. Pour autant, la forme qu'il prend et les domaines dans lesquels il intervient (formation de la société et création du Pacte fédératif) ne lui donnent pas de forme fixe. Il n'entre donc pas dans le cadre d'un *modèle* précis. Bien plus qu'un cadre fixe, le contrat doit être vu comme un *outil*. L'*outil contractuel* fait partie des éléments rentrant dans la définition du fédéralisme. Si le contrat se retrouve dans les trois Fédérations américaines, lors de la formation de la société ainsi que lors de la formation de la Fédération, les raisons pour lesquelles un contrat a été passé par les groupes formant la société et la future Fédération sont très distinctes.

« La conception fédérale étasunienne considère que l'autorité et le pouvoir résident dans les peuples qui ont délégué les pouvoirs par la voie constitutionnelle à plusieurs gouvernements, dans des domaines différents, agissant dans des buts différents. Cette conception n'est pas, cependant, entièrement partagée hors des États-Unis, excepté aussi loin que la pratique étasunienne a pu se répandre dans d'autres systèmes fédéraux. La conception européenne de l'État (...) considère la souveraineté comme indivisible »⁹⁷³.

CHAPITRE SECOND

LE CARACTÈRE SYNALLAGMATIQUE ET COMMUTATIF DANS LA CRÉATION DE LA FÉDÉRATION : LA DÉLÉGATION D'UNE PARTIE DE LA SOUVERAINETÉ

Le concept de souveraineté semble bénéficier d'une reconnaissance établie depuis plus de quatre siècles, mais cela ne l'a pas empêché de souffrir de nombreuses critiques, notamment du fait du décalage existant entre sa définition originelle et la validité de celle-ci, de nos jours. En effet, depuis l'ouverture des États au monde et le développement des relations internationales, la souveraineté, telle qu'entendue par Jean Bodin, son premier véritable théoricien, n'a plus de raison de garder la même définition. Elle doit évoluer, comme ont évolué les relations internationales pour avoir une concordance avec l'environnement moderne du droit international.

Ainsi, nous souhaitons montrer dans ce chapitre, pour poursuivre notre recherche des éléments structurants de la **définition** du fédéralisme, que la souveraineté (notamment partagée) est un élément fondamental. La définition de la souveraineté actuelle ne correspond plus au cadre contemporain (relations internationales, traités, accords, États fédératifs), mais il existe une définition de la souveraineté qui pourrait répondre davantage à la situation actuelle. Cette définition semble exister, et tout

⁹⁷³ Daniel J. Elazar, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, University of Alabama Press, 1987, pp. 16-17.

particulièrement dans la philosophie fédérative. Si la souveraineté telle qu'entendue par Jean Bodin ne peut exister dans un cadre fédératif, il existe bel et bien une conception différente de la souveraineté qui s'est développée dans ce cadre-là⁹⁷⁴.

Bodin, comme Althusius, considère que l'État est une entité qui englobe les différentes communautés, tout en maintenant leurs pouvoirs et attributions⁹⁷⁵. Ce qui va différencier les deux hommes est le fait de considérer, pour Bodin, que l'État va être à l'origine de la création d'une force transcendantale qui domine les communautés⁹⁷⁶. Cette force est pour Bodin, une, indivisible et absolue, et a donc un caractère quasi-divin s'imposant au souverain⁹⁷⁷. C'est bien cette force, dont le représentant est le Prince, qui va fonder l'État par les manifestations de sa souveraineté comme la loi. Le pouvoir a donc un chemin descendant ; il vient du sommet par le souverain et s'impose à l'ensemble de la communauté par une force rationnelle. Au contraire, et nous l'avons vu précédemment⁹⁷⁸, Althusius voit le fondement de l'État dans les communautés qui en sont la base. Le pouvoir est, quant à lui, ascendant et provient de la communion des communautés et donc du peuple. Sa vision de la souveraineté est véritablement organique. Elle ne repose pas sur l'addition des individus, ni même sur une force transcendante, mais sur la réunion des communautés dans un but commun. Il parle de « *cohésion symbiotique* » pour penser et construire le fédéralisme dont il est porteur et toute organisation, mettant de côté cette essence symbiotique, ne pourra que réaliser une dérive du fédéralisme et amener un féodalisme, soit hiérarchisé, soit anarchiste, selon le degré d'obligation et le nombre de normes provenant de l'État et s'imposant aux communautés. Les communautés les plus simples ont une finalité précise et sont nommées *communicatio particularis*, alors que les communautés plus complexes sont unies et regroupées dans une communauté générale⁹⁷⁹. Cette communauté générale est une entité quasi-indépendante puisqu'elle comprend toutes les activités et fonctions propres à une communauté indépendante, pouvant subvenir à tous ses besoins. Cette

⁹⁷⁴ Voir sur cette idée Chantal Delsol, « Souveraineté et subsidiarité ou l'Europe contre Bodin », *The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville*, Vol. XIX, n°2-1998, pp. 49-55.

⁹⁷⁵ Althusius parle de *consociatio symbiotica* et de *communicatio*. Voir Johannes Althusius, *Politica Methodice Digesta*, ed. Frederick S. Carney, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 1995, chap. I.

⁹⁷⁶ Jean Bodin, *Six Livres de la République*, Lyon, Gabriel Cartier, 1588, Livre I^{er}, chapitres I, III, VIII.

⁹⁷⁷ Voir Alain Laquièze, « La critique de la souveraineté par les libéraux anglo-saxons », in Dominique Maillard Desgrées du Loû (sous la dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 179.

⁹⁷⁸ Voir le chapitre premier du titre premier de la première partie.

⁹⁷⁹ Johannes Althusius, *op.cit.*, chap. I § 6 à §10.

communauté générale ou universelle est composée de communautés très diverses, à la fois privées ou publiques, ayant la personnalité morale et se gouvernant elles-mêmes.

Les *consociations* souveraines, c'est-à-dire des communautés, peuvent s'associer de trois façons différentes : soit par des alliances, et dans ce cas chaque entité garde sa souveraineté, soit par des Fédérations partielles ou par des Fédérations totales où il y aura abandon d'une part de la souveraineté⁹⁸⁰. La Fédération partielle, qu'Althusius nomme *non-plena confederatio*, envisage une politique commune dans des domaines précis et déterminés. L'association des entités composantes repose sur une alliance prévoyant une garantie mutuelle des États associés pour leurs rapports avec l'extérieur et la possibilité d'arbitrage des différends entre eux. L'alliance prévoit aussi une attitude commune et une voix unique pour la conduite de certaines affaires dans des matières prévues. La politique commune suivie par l'ensemble des États associés sera déterminée lors de réunions regroupant les États, qui permettront de choisir la direction et les mesures à prendre. Toutefois, cela ne concerne qu'un nombre de matières limité : pour tous les autres domaines dans lesquels les États auront conservé leur compétence unique, ils conserveront une indépendance totale⁹⁸¹. La Fédération totale (*plena consociatio et confederatio*) va plus loin dans le rapprochement des États et va même jusqu'à la fusion de plusieurs communautés. Dans ce cas, les entités composantes abandonnent leur souveraineté à l'entité créée de la fusion, lui transférant une partie importante de leurs compétences.

Althusius considère qu'avant de réfléchir sur la souveraineté, il faut identifier les composantes de la Fédération, leurs communautés, tout comme leur domaine de compétence, selon des modalités choisies par les communautés elles-mêmes. C'est à la suite de cela que pourra être envisagée une réflexion sur la souveraineté et sur la nature du *but universel*. Tout vient donc de la base, celle-ci détermine les pouvoirs et le statut des entités supérieures.

⁹⁸⁰ Voir Bernard Voyenne, *Histoire de l'idée fédéraliste – Les sources*, Paris, Presses d'Europe, 1976, pp. 107 et 108.

⁹⁸¹ Johannes Althusius, *idem.*, chap. XVII § 28, § 30.

C'est bien toute la différence qui existe avec Jean Bodin qui pose comme postulat que la souveraineté est un principe universel. Il pose la souveraineté comme base pour établir ensuite la nature et le statut des membres de la communauté.

Ce chapitre aura donc pour objectif de souligner la distinction de conception de souveraineté entre la vision bodinienne et la vision althusienne sur laquelle repose la vision fédéraliste pour montrer que la souveraineté peut être envisagée comme divisible et divisée. L'analyse de la souveraineté offrira une vision divergente de celle que nous connaissons en France, sans pour autant réduire l'étude à la vision américaine de la souveraineté. Nous montrerons que la souveraineté partagée fait partie des éléments essentiels de la **définition** du fédéralisme en tant *qu'outil* et que sa mise en œuvre, par le partage de son exercice, varie selon les Fédérations et ne peut en faire une composante d'un *modèle*.

Nous chercherons donc à montrer dans une première section que la définition posée par Jean Bodin, caractérisant l'État-nation, n'est plus pertinente aujourd'hui, que cette conception de la souveraineté ne permet pas de comprendre la logique fédérative (**section 1**), et qu'une autre définition existe, issue notamment de la pratique fédérative, qui permet d'envisager la souveraineté comme un contrat, c'est-à-dire sous un angle différent (**section 2**). Cette « *autre* » conception de la souveraineté fait partie intégrante de la définition du fédéralisme par l'importance qu'elle revêt dans la logique fédérative, notamment dans la division de l'exercice des pouvoirs législatifs et exécutifs.

Section 1 L'impossible compréhension du fédéralisme par la conception européenne-continentale de la souveraineté

La souveraineté est un concept qui souffre de multiples utilisations, ce qui a rendu une définition unanimement acceptée, difficile à cerner précisément.

En effet, pour certains, la souveraineté est avant tout un prédicat et sa présence ou non avec le mot « *État* » peut faire varier son sens. Ainsi, peuvent être envisagées la souveraineté d'entités qui ne sont pas des États, ou à l'opposé l'existence d'États non-souverains.

Apparaissent dès lors deux (ou trois) écueils significatifs. Le premier témoigne d'une erreur terminologique, qui provoque un glissement de sens, une usurpation

sémantique, en quelque sorte : la souveraineté ne se rapporte pas seulement à ce qui est entendu en Europe continentale, c'est-à-dire ayant un caractère indivisible. Le second, parfois associé à l'usage de l'expression « *État-nation* », désigne en réalité l'État lui-même, et non une forme singulière d'État. Pour d'autres enfin, la souveraineté semble être une caractéristique propre et définie de l'État.

Il n'est alors pas surprenant qu'avec l'apparition de la notion d'« *État-nation* », une confusion s'installe dans les esprits, y compris ceux de certains spécialistes. Cette confusion se traduit par l'assimilation hâtive et impropre de la notion d'État souverain avec l'État-nation. La souveraineté n'a pourtant pas de lien direct et logique avec la notion de nation. Il faut ajouter que l'emploi du terme d'« *État* » a été très limité, car il a largement été lié à la notion d'« *État-nation* ». Or, cette dernière a montré qu'elle était depuis longtemps dépassée, du fait du développement d'États de forme fédérative et des difficultés engendrées par la décolonisation⁹⁸². Néanmoins, la nécessité de trouver un équilibre et un arbitre aux conflits pouvant exister entre des communautés voisines au sein d'une Fédération, ainsi que les besoins d'aide formulés envers les gouvernements centraux, ont conduit à maintenir l'existence du mot « *État* », sans pour autant qu'il ait le même sens que pour la vision continentale et européenne.

Pour comprendre cette erreur, il semble nécessaire de définir ce qu'est un État-nation. Avec Michael Keating, nous pensons que le terme « *État-nation* » peut se définir à l'aide de deux composantes induisant en réalité deux sens différents⁹⁸³ : premièrement, par la relation qui lie l'État et la nation et deuxièmement, par la référence effective à un principe national. La première composante a une portée pratique et relative ; elle se rapporte au fait que l'État est nécessairement composé d'une nation. À cet égard, il convient de souligner que tous les États ne sont pas forcément composés d'une seule nation⁹⁸⁴ : certains États ne peuvent dès lors prétendre à la qualité d'État-nation. La seconde sous-entend que l'autorité souveraine d'un État s'appuie sur le principe national. Or, de nombreux États ne sont pas organisés autour d'une forte cohésion nationale.

⁹⁸² Voir par exemple, Jürgen Habermas, *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000, 149 p. ou Chantal Delsol, « Souveraineté et subsidiarité ou l'Europe contre Bodin », *The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville*, Vol. XIX, n°2-1998, pp. 49-55.

⁹⁸³ Michael Keating, « Sovereignty and Plurinational Democracy : Problems in Political Science », in Neil Walker, *Sovereignty in Transition*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 195.

⁹⁸⁴ Voir Ernest Gellner, *Nations and Nationalism*, New York, Cornell University Press, 1983, 164 p.

Composés, par exemple, de multiples communautés, ils parviennent difficilement à offrir cette cohésion nationale, caractéristique de l'État-nation.

Au-delà des variations liées à des interprétations individuelles et personnelles, force est de constater que le concept de souveraineté est un concept qui ne recouvre pas la même importance et la même teneur dans les cultures nord-américaine et européenno-continentale.

Dans les années trente, Frederick Watkins pensa qu'il fallait mettre le concept de souveraineté de côté car il n'était qu'un concept *limité*, un *idéal-type* qui pouvait recevoir diverses qualifications du fait de ses multiples formes possibles. Il le rapprocha de la notion d'autonomie qui pouvait s'appliquer à la fois aux États, mais aussi à toute association, relativisant *ipso facto* le caractère de la souveraineté et le réduisant seulement à un facteur politique⁹⁸⁵. La souveraineté ne fut donc l'objet d'étude que d'un point de vue historique ou philosophique. Depuis, les recherches sur la souveraineté ont fait l'objet de plusieurs travaux qui ont permis de saisir davantage les nuances, voire les différences qui pouvaient exister entre les multiples significations qui lui sont données. Pour tenter d'éclaircir la notion de souveraineté, notamment sous l'angle de la pensée fédérative, nous tâcherons de démontrer dans cette section que si la souveraineté a reçu une définition au XVI^{ème} siècle qui sert toujours de base à la conception européenno-continentale (§1), celle-ci a perdu de sa pertinence dès le milieu du XVII^{ème} siècle par la modification des relations internationales et interétatiques, créant un nouveau « *système juridique* » global (§2). Cette section permettra de comprendre que la souveraineté a largement évolué et recouvre des significations variées, dont certaines peuvent mieux correspondre au contexte du fédéralisme.

§1 La définition européenno-continentale de la souveraineté

Pour saisir la notion de souveraineté et voir quels sont ses rapports avec le fédéralisme, nous analyserons dans ce premier paragraphe la conception *européenno-continentale*, c'est-à-dire celle issue des travaux de Jean Bodin (A) pour voir ensuite que la

⁹⁸⁵ Voir Frederick Mundell Watkins, *The State as a Concept of Political Science*, New York and London, Harper & Brothers Publishers, 1934, 84 p.

souveraineté, dans sa conception contemporaine est liée aux notions de puissance et d'autorité (B).

A) La conception bodinienne de la souveraineté

La souveraineté est une notion qui a fait preuve d'une grande longévité de vie, et cela pour une simple et bonne raison : elle a évolué depuis son apparition au XVI^{ème} siècle. Elle n'est pas une notion fixe et inchangée. Au contraire, elle a évolué et pris de multiples traits selon les époques. Selon Daniel Philpott, elle a été reformulée périodiquement pour répondre aux exigences des époques et des événements historiques⁹⁸⁶. Toutefois, la notion de souveraineté n'a jamais fondamentalement et véritablement changé depuis les XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles. Sorte de Janus au visage changeant, elle porte une double image par son aspect interne et son aspect externe.

Dans son aspect interne, la souveraineté implique que l'État⁹⁸⁷ circonscrive lui-même les limites de sa compétence mais également celle des entités et des personnes qui le composent. Ainsi, dans un cadre fédératif, des organes de l'État auront le pouvoir de trancher un litige qui porterait sur un conflit de compétences. Cette capacité vaudra pour les litiges entre l'État et une entité de celui-ci. Finalement, ces remarques se réfèrent obligatoirement au pouvoir d'auto-organisation.

Dans son aspect externe, la souveraineté désigne les pouvoirs qu'une entité peut mettre en œuvre en dehors de ses frontières et notamment par la conclusion d'actes avec des entités étrangères. Ces relations avec des entités étrangères peuvent résulter d'une initiative de l'entité souveraine ou des entités étrangères.

Cette conception de la souveraineté traduisant la pensée de Bodin est matérialisée par un élément fondamental : la loi. Elle est le caractère primordial, voire constitutif de la souveraineté et, comme le considère Bodin, en incarne sa manifestation matérielle (1). Toutefois, une ambiguïté va s'installer à propos de la souveraineté du fait des sens variables qui vont être attribués au terme « *souverain* » (2), ce qui va entraîner une évolution du sens de la souveraineté (3).

⁹⁸⁶ Voir Daniel Philpott, *Revolutions in Sovereignty*, Princeton, Princeton University Press, 2001, 352 p.

⁹⁸⁷ Ici entendu selon le sens européen-continentale, c'est-à-dire « pays ».

1) La construction de la souveraineté et le caractère fondamental de la loi

Jean Bodin qui va apporter une première et essentielle définition à la souveraineté. Pour celui-ci, la souveraineté ne trouve pas sa légitimité dans l'État, mais est un attribut personnel du roi. C'est donc par lui que la souveraineté s'exprime. La souveraineté théorisée par Bodin va reposer non pas uniquement sur l'État mais aussi et surtout sur le roi en tant que puissance royale. Il construit donc la souveraineté non pas sur un individu, mais sur ce qu'il représente. Le XVI^{ème} siècle va donc être le témoin de la dépersonnalisation de la souveraineté ce qui constituait le danger véritable de voir déplacer celle-ci non pas vers l'État, mais vers le peuple. Pour laisser au roi cette légitimité dans l'action qu'il mène, Bodin va définir la souveraineté comme l'autorité d'un État dans lequel le roi agit dans le Bien commun et pour les droits et libertés des individus. Il écarte ainsi l'idée consistant à concevoir la souveraineté comme l'autorité d'un homme. Bodin définit ainsi la souveraineté comme « *la puissance absolue & perpétuelle d'une République* »⁹⁸⁸ et la conçoit, comme Georges Burdeau l'a rappelé, comme « *un pouvoir de coordination nécessaire à la vie commune et trouvant, par conséquent, sa justification dans la règle de vie de la communauté* »⁹⁸⁹. Bodin assimile donc la souveraineté à la personne du roi simplement car le Roi incarne l'État, à cette époque. Malgré cela, la conception de la souveraineté élaborée par Jean Bodin doit être replacée dans son contexte pour être bien entendue et pour saisir les raisons d'une telle définition.

La notion de souveraineté a été construite sous l'influence de trois raisons principales : d'abord pour « *affirmer l'indépendance de la royauté à l'égard du pape* »⁹⁹⁰, ensuite pour empêcher la subordination des rois au Saint-Empire et enfin pour étendre le pouvoir du roi sur l'ensemble du royaume et outrepasser le pouvoir des seigneurs locaux⁹⁹¹. Pour éviter toute critique, Bodin lia la souveraineté à l'État en tant que propriété essentielle de celui-ci. Le roi n'était donc pas le détenteur de cette souveraineté : il avait simplement pour rôle de l'incarner. Cela a conduit à intégrer

⁹⁸⁸ Jean Bodin, *Six Livres de la République*, Lyon, Gabriel Cartier, 1588, Livre I^{er}, chapitre VIII, p. 122.

⁹⁸⁹ Pour les deux citations, Georges Burdeau, *Traité de science politique – L'État*, Tome II, Paris, L.G.D.J., 1980, 3^{ème} éd., p. 217, note 110.

⁹⁹⁰ Georges Burdeau, *ibidem*.

⁹⁹¹ Voir Rémi Barrué-Belou, « Méthodes et enjeux de la démarche comparative : la question de la comparabilité », 8^{ème} congrès français de droit constitutionnel, Nancy, juin 2011, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN4/barrueBelouTD4.pdf>, p. 13.

l'ensemble des pouvoirs de la puissance étatique à la notion de souveraineté. La souveraineté a donc réuni, dans ses prérogatives, le pouvoir de faire des lois, celui de rendre la justice en dernier ressort ou de déclarer la guerre et décider de la paix, par exemple⁹⁹². Cela permit à la souveraineté de recouvrir une connotation positive, alors qu'elle était plutôt négative auparavant, du fait de son rapprochement intéressé au roi.

Au-delà de la définition théorique de la souveraineté, Bodin va concrétiser la souveraineté par sa manifestation pratique : le pouvoir de faire la loi. En effet, le droit de prendre des mesures en vue d'agir dans l'intérêt général, se manifeste par le pouvoir d'édicter des normes. Ces normes bénéficient d'un statut particulier au sein de l'ensemble normatif et une supériorité en tant que manifestation d'une compétence étatique⁹⁹³. Ces normes sont la Loi. Pour Burdeau, « *c'est donc, en définitive, au pouvoir de faire et d'abroger la loi que se réduisent tous les attributs de la souveraineté* »⁹⁹⁴. Dans ce même sens, Bodin écrit : « *toute la force des lois civiles & coutumes, gît au pouvoir du prince souverain. Voilà donc quant à la première marque de souveraineté, qui est le pouvoir de donner loi ou commander à tous en général, & chacun en particulier (...)* »⁹⁹⁵ et que « *sous cette même puissance de donner & casser la loi, sont compris tous les autres droits et marques de la souveraineté : de sorte qu'à parler proprement on peut dire qu'il n'y a que cette seule marque de la souveraineté, attendu que tous les autres droits sont compris en celui-là (...)* »⁹⁹⁶.

La souveraineté va donc représenter un attribut du pouvoir et sa manifestation par excellence est la loi, car elle a vocation à s'appliquer sur l'ensemble d'une population à l'intérieur d'un territoire, et représente l'autorité de l'État. Ces trois caractères (manifestation de l'autorité de l'État, s'appliquant sur un territoire et sur l'ensemble de la population) qui font partie de la définition « *européenne* » de la souveraineté, sont aussi les caractéristiques de la loi, ce qui en fait l'instrument de la manifestation de la souveraineté.

⁹⁹² George Burdeau, *idem*, p. 218.

⁹⁹³ Voir Rémi Barrué-Belou, *ibidem*.

⁹⁹⁴ George Burdeau, *idem*, p. 219.

⁹⁹⁵ Jean Bodin, *op. cit.*, livre I, chapitre X, p. 222.

⁹⁹⁶ Jean Bodin, *idem*, p. 223.

La loi va donc apparaître comme le caractère essentiel de la souveraineté. Elle sera la manifestation de la volonté du souverain et de l'État.

2) La confusion quant aux termes « souverain » et « souveraineté »

Un enracinement historique de la notion de souveraineté a, dès le début, conduit à laisser planer une confusion. Le concept de souveraineté recouvre, en français, plusieurs sens. L'une de ses significations sert à qualifier le mécanisme de production de normes. Pour Michel Troper, c'est la souveraineté comme « *principe d'imputation* »⁹⁹⁷. Auparavant, Carré de Malberg avait opéré une distinction de sens du concept de souveraineté et avait écrit : « *dans son sens originaire, [le mot souveraineté] désigne le caractère suprême d'une puissance [...] étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'État, et il est par suite synonyme de cette dernière. Enfin, il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'État le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe* »⁹⁹⁸.

Carré de Malberg distingue donc trois sens au mot « *souveraineté* » : le caractère suprême, l'ensemble des pouvoirs manifestant la puissance et la puissance de l'organe titulaire de la souveraineté. Le premier sens correspond au caractère suprême de l'État, qui marque la supériorité de l'État tant sur le plan national qu'international. Le deuxième comprend la souveraineté en tant que puissance d'État, alors que le troisième sens désigne la supériorité et l'autorité d'une entité. Cela était la preuve d'une ambigüité de ce terme et l'impossibilité d'associer cette conception de la souveraineté à la logique fédérative qui ne peut envisager de supériorité d'un ordre de gouvernement sur un autre. De plus, il existe une ambivalence depuis longtemps identifiée, concernant explicitement le dépositaire et le porteur de cette souveraineté : le souverain ou l'État. Selon Duguit, son « *titulaire* » devait être tantôt le roi, tantôt l'État, même si le monarque a longtemps gardé le pouvoir suprême. La souveraineté se rapporte tout d'abord à la personne du roi,

⁹⁹⁷ Michel Troper, « La souveraineté comme principe d'imputation », in Dominique Maillard Degrées du Loû, *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 71.

⁹⁹⁸ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, réimpr. CNRS, 1962, T. I, p. 79.

comme le dira Duguit⁹⁹⁹. Elle sera ensuite transposée à l'État¹⁰⁰⁰ et assimilée à la puissance de ce dernier.

Par la suite, une série de complications vont rendre la notion de souveraineté parfois floue ; cela concerne notamment le rapport entretenu lexicalement entre le terme de « *souveraineté* » et celui de « *souverain* ». Georges Burdeau considère que le mot *souveraineté* voit son sens varier en fonction des significations données au mot *souverain*, qui sont multiples en français. Il faut ajouter que ce mot peut être employé soit comme un adjectif, soit comme un substantif.

En tant qu'adjectif, la première signification de *souverain* se rapporte à la qualité d'une personne ou d'une entité et, en particulier, au caractère de la puissance dont elle est titulaire. L'adjectif *souverain* peut également qualifier le caractère et la valeur d'un pouvoir se situant au sommet d'une hiérarchie et n'admettant aucune subordination vis-à-vis d'un autre pouvoir. En tant qu'adjectif encore, il épouse une seconde signification en adoptant une perspective plus large, permettant d'y voir « *une puissance comportant un ensemble de pouvoirs déterminés* »¹⁰⁰¹.

En tant que substantif, le nom de *souverain* désigne l'entité détentrice du pouvoir suprême, c'est-à-dire, le plus souvent, la personne à la tête de l'État.

Il ressort donc de ces acceptions du mot *souverain*, et de leurs conséquences sur l'appréhension de la notion de souveraineté qui en dépend, que plusieurs souverainetés peuvent exister dans un seul ordre juridique, notamment lorsque la souveraineté est entendue comme le caractère d'une puissance dans un espace géographique ou matériel délimité. Le souverain est donc celui qui aura le dernier mot pour décider de la règle à mettre en place dans la collectivité. Le souverain peut ainsi être incarné par un individu, par un groupe d'individus ou par la nation tout entière. Le souverain est, comme l'a écrit Georges Burdeau, « *le maître absolu de l'idée de droit* »¹⁰⁰², ce qui ne signifie pas qu'il

⁹⁹⁹ « *c'est le roi lui-même, personne individuelle, qui en est titulaire ; c'est sa propriété, et la construction juridique de l'imperium royal est copiée sur celle du dominium individuel* », Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T.I, 3^{ème} éd., Paris, Fontemoing, 1927, p. 597.

¹⁰⁰⁰ Bodin écrira : « *La République (l'État) est un droit gouvernement de plusieurs ménages (familles), & de ce qui leur est commun avec puissance souveraine* », *idem*, p. 11.

¹⁰⁰¹ Georges Burdeau, *Traité de science politique – L'État*, Tome II, Paris, L.G.D.J., 1980, 3^{ème} éd., p. 304.

¹⁰⁰² Georges Burdeau, *idem*, p. 306.

en fixe seul le contenu, bien qu'il en soit le titulaire et que la manifestation de la règle ne puisse se faire qu'avec son consentement.

3) Les évolutions du sens de la souveraineté

La signification de la souveraineté a été largement utilisée par les gouvernants et son sens a subi quelques *aménagements*. Robert Jackson fait une liste évolutive des différents sens que la notion de souveraineté a pu recouvrir depuis le XVI^{ème} siècle jusqu'à aujourd'hui¹⁰⁰³. Nous ne retiendrons que quelques-uns d'entre eux, qui sont susceptibles de se rapporter à notre étude.

D'abord, en 1534, le roi d'Angleterre Henry VIII obtint du Parlement un *Act of Supremacy* lui conférant, ainsi qu'à ses descendants, le poste de chef suprême de l'Eglise d'Angleterre, l'immunité contre toute loi étrangère au royaume d'Angleterre et contre des *autorités étrangères* et particulièrement, le Pape. Apparaissent ici deux éléments constitutifs de la notion de souveraineté que sont : le *statut suprême* du souverain et la *capacité à pouvoir agir sur son propre territoire, sans subir d'influence de la part d'un autre pouvoir, notamment extérieur*. Ces deux éléments vont garder une importance capitale dans les évolutions de signification de la souveraineté dans le cadre fédératif.

En 1649, le roi Charles I d'Angleterre fut exécuté sur demande du Parlement pour avoir instauré un régime tyrannique lui accordant des pouvoirs illimités, bafouant ainsi les droits et libertés du peuple. La souveraineté, telle qu'elle va être entendue dès son apparition, va donc sous-entendre *l'idée de démocratie*¹⁰⁰⁴, de représentation, de même que le respect de droits appartenant au peuple et que le souverain ne peut bafouer, malgré sa nécessaire supériorité ; en résulte néanmoins une hiérarchie des autorités, au sommet de laquelle on retrouve le gouvernant.

En 1763, le Traité de Paris met fin à la guerre de Sept ans entre la France et l'Angleterre, et la France transmet au vainqueur de nombreux territoires dont le territoire de la Nouvelle-France qui va désormais faire partie du Royaume britannique. La France perd ainsi sa « *souveraineté* » sur ces territoires en ne pouvant plus avoir d'autorité sur ce territoire.

¹⁰⁰³ Robert Jackson, *Sovereignty Evolution of an Idea*, Cambridge, Polity Press, 2007, pp. 1 à 5.

¹⁰⁰⁴ Même si la reconnaissance de droits appartenant au peuple n'implique pas nécessairement l'association de celui-ci à l'exercice du pouvoir.

C'est en 1776, avec la Déclaration d'Indépendance américaine, que la souveraineté sera véritablement identifiée : la Déclaration va reconnaître que les colonies unies seront des États libres et indépendants et que tout lien politique avec la Grande-Bretagne est dissous, laissant le pouvoir aux États de déclarer et de faire la guerre, de conclure la paix, faire des alliances avec d'autres États et agir comme tout État indépendant¹⁰⁰⁵. Les trois principaux caractères de la souveraineté sont donc explicitement identifiés dans ce texte. Premièrement, l'idée d'*indépendance* est présente. Elle consiste à reconnaître un pouvoir de non subordination vis-à-vis d'une quelconque entité étrangère. Aucun autre pouvoir ne peut alors agir sur un territoire souverain¹⁰⁰⁶. Deuxièmement, le fait de *pouvoir déclarer la guerre ou de signer la paix* fait partie de la notion de souveraineté. Troisièmement, fait également partie de la souveraineté, la *capacité de signer des alliances ou des accords avec d'autres États souverains*, c'est-à-dire au-delà du territoire national. Il va plus tard en résulter la déclaration de volonté de sécession de treize États de la Fédération étasunienne en 1860 et 1861. Ce pouvoir de faire sécession ainsi que de former les États Confédérés d'Amérique sera une véritable marque de souveraineté¹⁰⁰⁷.

À travers ces différents exemples, il est manifeste que la souveraineté présente des caractères multiples et des significations pouvant relativement varier selon les époques et les conditions politiques du moment. Tout du moins, de nombreuses idées peuvent être induites par la notion de souveraineté : la loi va en être l'instrument depuis Bodin, mais des confusions vont s'installer entre les termes de *souverain* et de *souveraineté* et la souveraineté va recouvrir des sens variables selon les époques.

¹⁰⁰⁵ « We, therefore, the Representatives of the United States of America, in General Congress, Assembled, appealing to the Supreme Judge of the world for the rectitude of our intentions, do, in the Name, and by Authority of the good People of these Colonies, solemnly publish and declare, That these united Colonies are, and of Right ought to be Free and Independent States, that they are Absolved from all Allegiance to the British Crown, and that all political connection between them and the State of Great Britain, is and ought to be totally dissolved; and that as Free and Independent States, they have full Power to levy War, conclude Peace, contract Alliances, establish Commerce, and to do all other Acts and Things which Independent States may of right do. », *American Declaration of Independence*, 4th of July, 1776.

¹⁰⁰⁶ Voir Rémi Barrué-Belou, « Méthodes et enjeux de la démarche comparative : la question de la comparabilité », 8^{ème} congrès français de droit constitutionnel, Nancy, juin 2011, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN4/barrueBelouTD4.pdf>, pp. 13 et 14.

¹⁰⁰⁷ Rappelons que ces treize États Alabama, Arkansas, Caroline du Nord, Caroline du Sud, Floride, Georgie, Kentucky, Louisiane, Mississippi, Missouri, Tennessee, Texas, Virginie ont réintégré les États-Unis d'Amérique dès 1865.

Pourtant, il est possible de faire ressortir de ces variations de la souveraineté deux caractères précis. En effet, quel que soit le dépositaire, il est possible de faire émerger les deux notions cardinales de puissance et d'autorité, propres à la vision bodinienne.

B) La perception contemporaine et européenano-continentale de la souveraineté

La souveraineté, en Europe continentale, revêt un caractère propre à l'époque contemporaine. Ce caractère est la conséquence de la conception bodinienne de la souveraineté. Une analyse de cette conception semble nécessaire pour la mise en parallèle, par la suite, de la conception anglo-saxonne qui s'en distingue sensiblement et la compréhension des différences entre les deux conceptions. Héritière de son évolution historique, la conception contemporaine de la souveraineté va se construire autour des notions de puissance publique et d'autorité (1), ce qui entraînera trois visions parallèles de la souveraineté dans la perception européenne continentale (2).

1) Les liens avec la puissance publique et l'autorité

La souveraineté entretient des rapports très étroits avec l'idée de puissance, mais il convient de définir ce qu'est la puissance pour être en mesure de bien saisir ces rapports (a). Ces rapports doivent être complétés avec le lien qui existe avec l'autorité, qui ne peut être exclue de l'idée de souveraineté (b).

a) Souveraineté et puissance

Bodin, dans les Six Livres de la République, va donner à la souveraineté deux acceptions particulières que sont le pouvoir unilatéral d'imposer la loi, nous l'avons dit, et ensuite l'ensemble des droits essentiels de l'État. Jean-Arnaud Mazères y voit donc « *une définition formelle fondée sur la puissance de commandement, renvoyant directement à l'idée de puissance publique ; et une définition substantielle renvoyant à la notion bien connue des droits régaliens (...)* »¹⁰⁰⁸. Toutefois, comme le rappelle Olivier Beaud¹⁰⁰⁹ à la suite de Raymond Carré de Malberg, Max Weber et Hans Kelsen¹⁰¹⁰, il existe une large imprécision, voire une absence de définition, concernant les buts de l'État. La

¹⁰⁰⁸ Jean-Arnaud Mazères, « Qu'est-ce que la puissance publique ? », in Philippe Raimbault (sous la dir.), *La puissance publique à l'heure européenne*, Paris, Dalloz, 2006, p. 13.

¹⁰⁰⁹ Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p.139.

¹⁰¹⁰ Voir par exemple Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, réimpr. CNRS, 1962, T. I, pp. 259 à 284.

souveraineté peut être vue comme le caractère juridique d'un acte, comme l'envisage Olivier Beaud, en proposant d'« *étudier la souveraineté à partir de l'acte juridique spécial grâce auquel la puissance de l'État peut être qualifiée de suprême ou souveraine* »¹⁰¹¹. Cette *norme juridique suprême* a donc la possibilité d'abroger les normes qui lui sont soumises car *inférieures*, sans pour autant que ces dernières puissent agir sur la norme suprême¹⁰¹². C'est bien ce que Jacques Chevallier pense aussi en reprenant l'idée promue par Bodin. Il écrit ainsi que « *le souverain dispose d'une puissance de commandement qui résulte de sa "volonté" propre, et non pas du consentement des sujets qui sont tenus à l'obéissance* »¹⁰¹³.

George Burdeau, en se plaçant dans la même lignée, pense que la puissance est le pouvoir de poser un commandement qui doit être obéi. Pour lui, la puissance ne correspond pas au droit ou à la possibilité d'opérer un commandement, mais « *simplement [au] phénomène qu'exprime l'exécution de l'ordre donné* »¹⁰¹⁴. Ainsi, pour exister, la puissance doit s'accompagner de l'adhésion des individus à la logique de la règle et à l'idée de soumission (ou bien à la peur de la sanction).

Cependant, la puissance, avant de représenter le pouvoir de commandement, a des racines profondes dans l'idée de faculté d'agir ou de réaliser. Ici, le juridique ne peut alors s'exonérer de l'influence de points de vue pluriels, philosophique ou autres, tant l'usage social et sociétal encadre l'idée même, ordinaire ou extraordinaire, de puissance. Dans la Métaphysique d'Aristote, l'acte est vu comme la « *puissance d'un possible qui trouvera son aboutissement dans l'entéléchie* »¹⁰¹⁵ et Spinoza la conçoit, dans le Traité politique, comme la puissance, la possibilité d'exister et d'agir¹⁰¹⁶. Hannah Arendt rappelle qu'étymologiquement, le mot « *pouvoir* » sous-tend les idées de faculté, de possibilité et de potentialité, et non directement de commandement ou d'autorité¹⁰¹⁷. Ainsi, doivent être distinguées les notions de *potentia*, qui se rapporte à la puissance et de *potestas* qui représente le pouvoir et l'autorité, tout comme la faculté et la capacité

¹⁰¹¹ Olivier Beaud, *op. cit.*, p. 23

¹⁰¹² Olivier Beaud, *idem*, p. 24.

¹⁰¹³ Jacques Chevallier, *L'État*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 27-28.

¹⁰¹⁴ Georges Burdeau, *Traité de science politique – L'État*, Tome II, Paris, L.G.D.J., 1980, 3^{ème} éd., p. 104.

¹⁰¹⁵ Jean-Arnaud Mazères, *idem*, p. 30 ; voir A. Jaulin, *Aristote : la métaphysique*, Paris, PUF, 1999, p. 80 et s.

¹⁰¹⁶ Baruch Spinoza, *Traité politique*, chap. II, Paris, Librairie Générale française, 2002, pp. 121 et 122.

¹⁰¹⁷ Hanna Arendt, *Condition de l'homme moderne*, Paris, Calmann-Levy, 1983.

d'agir. Bertrand de Jouvenel, dans son ouvrage *De la politique pure*¹⁰¹⁸, fait également une distinction entre les termes *potentia* et *potestas* en se basant sur les travaux de Cicéron dans *De Re Publica*. La *potentia* est définie comme la qualité des individus qui sont détenteurs d'une forme de puissance, alors que la *potestas* se rapporterait plutôt aux pouvoirs découlant d'une charge. Il ressort donc de tout fait de Pouvoir deux éléments relatifs à la notion de Puissance entendue largement : d'abord, le pouvoir lié à la fonction de commandement et à son représentant, c'est la *potentia* ; ensuite le pouvoir issu de la fonction de commandement, la *potestas*. Finalement, ce qui différencierait la *potestas* de la *potentia* est la capacité de commander et le titre pour le faire. Jean-Arnaud Mazères rappelle de plus que le verbe grec *archein* signifie dans une première acception le fait de commencer ou d'entreprendre une action et dans une seconde, le fait de commander. Il en est de même pour le verbe latin *agere*. La puissance concerne donc d'abord la possibilité, la capacité de réaliser une action, « l'énergie première qui permet d'entreprendre quelque chose »¹⁰¹⁹.

La souveraineté est donc liée à l'idée de puissance. Cette idée de puissance recouvre plusieurs conceptions et, à côté de l'idée de commandement et pour compléter la définition de « *puissance* », il convient d'ajouter qu'il existe une deuxième manière de saisir la notion de souveraineté, notamment par la distinction entre puissance suprême et puissance autonome et libre, indépendante vis-à-vis des autres puissances.

Il est possible de relever, avec Jean-Arnaud Mazères, que les deux caractères que sont la suprématie et l'indépendance sont liés, car une puissance suprême est supérieure à toutes les autres et donc indépendante des autres puissances dans ses décisions¹⁰²⁰, ce qui ne peut correspondre à la logique fédérative qui suppose le principe de participation des États membres. De plus, une puissance indépendante et autonome agit seule dans son cadre d'action, sans qu'aucune autre puissance ne lui impose quoi que ce soit, faisant d'elle une puissance suprême. Mais avant toute chose, il convient de s'interroger sur la réalité de ces caractères en les plaçant dans le cadre actuel et contemporain de cet enchevêtrement de systèmes juridiques, interagissant les uns sur les autres et interdépendants. La portée de l'indépendance et de la puissance suprême est désormais

¹⁰¹⁸ Bertrand de Jouvenel, *De la politique pure*, 1963, Calmann-Lévy, p. 181.

¹⁰¹⁹ Jean-Arnaud Mazères, *idem*, p. 31.

¹⁰²⁰ Jean-Arnaud Mazères, *idem*, p. 14.

toute relative. Des esprits – éclairés pour les uns, provocateurs pour les autres, et peut-être subversifs – iront même jusqu'à dire que ces deux caractères n'ont plus de sens aujourd'hui¹⁰²¹.

Néanmoins, une confusion s'est construite dans la pensée française quant à la souveraineté et à la puissance d'État du fait de la théorie de la souveraineté nationale. La Révolution de 1789 introduisit en effet une confusion dans la conception de la souveraineté en la confiant à la nation¹⁰²². Or, la souveraineté ne devait pas appartenir à un corps, tel le roi auparavant ou la nation ensuite, mais bien à l'État en tant que puissance publique. Georges Burdeau dénonce la confusion qui aura été celle des révolutionnaires qui, en « *rattachant directement la fonction de l'organe à la volonté du souverain* »¹⁰²³ ont remplacé une justification juridique par une justification politique. Le fait de justifier une décision par son origine, c'est-à-dire la volonté de la nation, ne justifie pas son exécution et sa régularité qui doivent se trouver, non pas dans le vouloir de la nation, mais bien la mise en œuvre de la puissance publique. Cette confusion entre le politique et le juridique aura, nous le verrons ensuite, des conséquences importantes. La conséquence de cette vision amène à reconnaître deux entités distinctes dans l'État : la nation et ses représentants. Ces représentants agissent au sein des organes de l'État pour la nation ; ceci créant un flou regrettable dans les relations entre gouvernants et État et quant à la légitimité des décisions prises par ces derniers dans la mise en jeu de la puissance publique¹⁰²⁴. Il convient d'ajouter qu'en cas d'acceptation de l'idée d'identification de l'État et de la nation, cette conception ne peut être valable que si le système fait de la nation le souverain à part entière.

La puissance ne recouvre nullement une valeur omnipotente ; elle connaît des degrés et peut être partagée car elle est « *un état de fait et non une qualité de droit* »¹⁰²⁵. Cela signifie que la puissance est une valeur relative qui peut se confronter à des rapports de force qui la contraignent à trouver un équilibre, un *modus vivendi*. Une des

¹⁰²¹ Voir Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2009, pp. 39 à 99 ; Michael Ross Fowler and Julie Marie Bunck, *Law, Power and the Sovereign State*, University Park Pennsylvania, Pennsylvania State University Press, 1995, 200 p ; Gaëlle Demelemestre, *Les deux souverainetés et leur destin*, Paris, Editions du Cerf, 2011, 280 p.

¹⁰²² L'article 3 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen proclame : « Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la nation ».

¹⁰²³ Georges Burdeau, *Traité de science politique – L'État*, Tome II, Paris, L.G.D.J., 1980, 3^{ème} éd., p. 301.

¹⁰²⁴ Voir dans ce sens, Georges Burdeau, *idem*, pp. 302-303.

¹⁰²⁵ Georges Burdeau, *idem*, p. 105.

caractéristiques des sociétés pré-étatiques est l'instabilité du pouvoir s'appuyant sur sa seule puissance. L'opposition des différentes forces entraîne « *une oscillation perpétuelle entre des Pouvoirs distincts, selon que leur puissance s'accroît ou diminue* »¹⁰²⁶. Ces conditions de fractionnement de la puissance sont une véritable difficulté à l'existence de l'État, car celui-ci doit représenter le pouvoir suprême et avoir le dernier mot pour pouvoir régler toute situation d'opposition ou de blocage.

En conséquence, pour assurer l'autorité juridique des actes du pouvoir, la puissance de l'État doit être distinguée de la souveraineté politique. La confusion entre puissance de l'État et souveraineté va entraîner des confusions regrettables, notamment quant à la définition de la souveraineté retenue par la France. Néanmoins la souveraineté, au-delà de contenir dans son essence l'idée de puissance, sous-entend également l'idée d'autorité.

b) Souveraineté et autorité

Le lien entre la puissance (publique) et la notion d'autorité doit également être souligné, car il conditionne aussi le sens de la souveraineté dans la conception européenne-continentale.

Alexandre Kojève définit l'autorité comme une relation (de la même façon que la puissance) dont le rôle est principalement social. Ainsi, « *l'Autorité est la possibilité qu'a un agent d'agir sur les autres (ou sur un autre) sans que ces autres réagissent sur lui, tout en étant capables de le faire* »¹⁰²⁷. La force est donc exclue de cette vision de l'autorité, et son utilisation d'autant plus. Jean-Arnaud Mazères relève qu'il en est de même dans la vision de l'autorité que développe Hannah Arendt, qui écarte également la force. Celle-ci explique que « *puisque l'autorité requiert toujours l'obéissance, on la prend souvent pour une forme de pouvoir ou de violence. Pourtant l'autorité exclut l'usage de moyens extérieurs de coercition ; là où la force est employée, l'autorité proprement dite a échoué* »¹⁰²⁸. Si le Pouvoir est détenteur de la force de domination, il ne justifie pas son exercice car le fondement du pouvoir est spirituel et il est séparé de tout lien avec les moyens pouvant être mis en place pour mettre en œuvre la force. L'autorité

¹⁰²⁶ Georges Burdeau, *ibidem*.

¹⁰²⁷ Alexandre Kojève, *La notion d'autorité*, Paris, Gallimard, 2004, p. 58.

¹⁰²⁸ Hannah Arendt, « Qu'est-ce que l'autorité ? », *La crise de la culture*, Paris, Gallimard, 1972, p. 123.

doit donc se différencier de la puissance en ce qu'elle se départit totalement de la force. Elle est une caractéristique essentielle de la souveraineté, accompagnant l'idée de puissance.

Ce paragraphe sur la conception de la souveraineté dans la vision européenno-continentale a permis de mettre en avant les liens entre souveraineté, puissance et autorité. Ces liens sont complexes car la puissance a des acceptions multiples et il ne semble pas exister de définition arrêtée de la souveraineté. Néanmoins, nous pouvons d'ores et déjà considérer que cela ne peut correspondre à la logique fédérative car la suprématie et l'indépendance pour la prise de décision en sont contraires du fait du principe de participation. Cette vision complexe est corroborée par l'existence de trois courants de pensée définissant la souveraineté.

2) Les trois conceptions parallèles de la souveraineté selon la vision européenno-continentale

La conception européenne de la souveraineté amène à différencier trois grands types de courants de pensée de la souveraineté. Ces trois courants sont issus du système de pensée européen et ont été distingués par Olivier Beaud¹⁰²⁹. Cette distinction permet de saisir clairement la conception européenno-continentale de la souveraineté et les difficultés qui existent pour que cette conception et ces courants soient compatibles avec le système fédératif. De plus, toutes trois sont réfutables, chacune d'elles y apparaît incomplète et limitée.

Un premier courant serait la conception « *étatiste* », c'est-à-dire la souveraineté entendue en tant que « *puissance publique* ». La souveraineté peut d'abord recouvrir le sens de puissance publique. Cette puissance publique serait unique et indivisible. Jean Bodin fut le premier à définir la souveraineté en l'assimilant au pouvoir de faire la loi et de l'annuler. Il écrit notamment que dans la « *puissance de donner & casser la loi, sont compris tous les autres droits et marques de souveraineté* »¹⁰³⁰. En effet, la puissance législative permet de décider sur tous les domaines de compétence en choisissant ou non de lever des impôts, de déterminer l'instance à qui reviendra le pouvoir de battre

¹⁰²⁹ Olivier Beaud, « Fédéralisme et souveraineté – Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *Revue de Droit public*, 1998, n°1, pp. 83-122.

¹⁰³⁰ Jean Bodin, *Six Livres de la République*, Lyon, Gabriel Cartier, 1588, Livre I^{er}, chapitre X, p. 223.

monnaie ou d'organiser les institutions. Le pouvoir de déterminer la loi, tel qu'entendu par Jean Bodin, doit être vu de manière large. Il détermine donc la loi dans son acception actuelle, mais également le texte constitutionnel qui est aussi le résultat de la souveraineté. Partant de là, Olivier Beaud considère que la souveraineté, en tant que puissance publique ne peut être partagée. Selon lui, la souveraineté engendre le principe « *d'omnicompétence de l'État* », c'est-à-dire le fait que l'État « *peut se saisir de toute affaire politiquement importante* »¹⁰³¹. Cela interdit donc toute répartition rigide des compétences, car l'État (l'instance supérieure) pourra intervenir dans tous les domaines, lorsque cela est nécessaire. Il existe donc, selon lui, une incompatibilité avec le système fédératif qui protège les champs de compétence réservés aux États membres. Toutefois, cette vision étatiste repose sur une conception purement bodinienne de la souveraineté. En effet, la puissance publique et notamment le pouvoir de faire la loi n'appartient pas seulement à une entité dans la logique fédérative. L'instance fédérale ainsi que les instances fédérées ont le pouvoir de faire la loi. Nous considérons donc que cette vision de la souveraineté ne peut convenir à une lecture fédérative et ne peut s'appliquer à une organisation de type fédératif.

Le deuxième courant est une conception « *décisionniste* », qui considère que la souveraineté appartient à celui qui a le pouvoir ultime de décider. Dans cette conception, la souveraineté est entendue comme « *le pouvoir suprême et absolu de commandement exercé par une seule personne (le souverain)* »¹⁰³². Ainsi, le système fédératif impliquant une répartition des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les États, entraîne des « *conflits politiques* »¹⁰³³. Or, ces conflits sont tranchés par l'une ou l'autre instance politique que sont la fédération ou les États membres. Cette situation de conflit, selon également Carl Schmitt, représente même une caractéristique propre de l'existence d'une Fédération. En effet, si le conflit est tranché par la fédération, alors on est en présence d'un État unitaire, qui exclut tout dualisme politique ; si, cette fois, le conflit est tranché par un État membre, alors il ne peut exister de Fédération. Il en résulte selon Olivier Beaud une impossibilité de diviser ou de partager la souveraineté car la décision appartiendra toujours à l'une ou à l'autre instance. Olivier Beaud ajoute que le cas du conflit de compétence entre la fédération et les États membres existe toujours, même

¹⁰³¹ Pour les deux citations, Olivier Beaud, *idem*, p. 105.

¹⁰³² Olivier Beaud, *idem*, p. 110.

¹⁰³³ C'est-à-dire portant sur l'existence politique, Olivier Beaud, *idem*, p. 111.

lorsque le texte constitutionnel prévoit une répartition des compétences. Les États seront simplement dans une situation *classique* de droit international. Ainsi, ni la fédération, ni les États membres ne peuvent être souverains ; la souveraineté reste indivisible et ce n'est « *qu'alternativement, et suivant les matières, que chaque unité politique (la fédération ou les États membres) exerce la souveraineté au sein de la Fédération* »¹⁰³⁴. Cependant, cette conception décisionniste et schmittienne de la souveraineté souffre selon nous de certaines faiblesses, comme le considère également Olivier Beaud. Le fait que le conflit qualifié de « *politique* » ne puisse être tranché que par une instance elle aussi politique semble aller à l'encontre de l'expérience de la grande majorité des systèmes fédératifs qui ont mis constitutionnellement en place un arbitre ou un juge pour trancher ce type de litiges entre la fédération et les États membres. C'est même un principe essentiel du système fédératif que de donner la compétence à un juge indépendant des deux ordres de gouvernement pour trancher les litiges entre la fédération et les États membres. Ceci permet d'assurer l'égalité entre les membres d'une Fédération. Cette conception ne nous paraît donc pas recevable pour une analyse fédérative.

Le troisième courant est une conception dite « *démocratique* », c'est-à-dire que la souveraineté appartiendrait au peuple. Il pose comme postulat le lien entre fédéralisme et démocratie. Ce courant conduit à concevoir la Fédération comme une unité politique qui reposerait sur la souveraineté du peuple. Elle repose sur l'expérience étasunienne qui, pour justifier l'existence d'une double souveraineté (c'est-à-dire la puissance publique partagée entre le gouvernement central et les États membres) avance l'existence d'une souveraineté du peuple. Or pour Olivier Beaud, la souveraineté du peuple « *postulerait donc une unicité du peuple, c'est-à-dire une nation* »¹⁰³⁵. Il considère que l'existence d'une souveraineté du peuple conduirait à considérer soit que le peuple américain formait déjà une nation avant que la Constitution de 1787 ne soit entrée en vigueur, soit que le peuple étasunien existe en tant que tiers par rapport aux États et à l'Union et servirait d'arbitre entre les deux. Olivier Beaud voit dans cette conception démocratique de la souveraineté des éléments critiquables, empêchant de retenir cette vision comme valable. D'abord, pour le professeur parisien, cela implique l'idée d'une souveraineté du peuple inséparable de celle de nation et indissociable de l'idée d'État-nation. Comme l'État-

¹⁰³⁴ Olivier Beaud, *ibidem*.

¹⁰³⁵ Olivier Beaud, « Fédéralisme et souveraineté – Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *Revue de Droit public*, 1998, n°1, p. 115.

nation est par définition un État unitaire, il est alors impossible d'appliquer cette idée même à un État fédératif. De plus, si l'on admet que la Fédération est composée d'au moins deux peuples, une unicité est incompatible avec le caractère dual de celle-ci. Ensuite, Olivier Beaud considère que si le peuple d'une Fédération est souverain, il représente la Fédération elle-même et « *stricto sensu* »¹⁰³⁶, donc une des deux entités. Cela place donc le peuple à la fois dans un statut de juge et de partie, ce qui remet en cause toute impartialité. De plus, le fait de voir le peuple comme une troisième entité à côté de l'Union et des États membres est en contradiction avec la logique fédérative qui n'envisage, selon lui, que deux niveaux de gouvernement¹⁰³⁷. Enfin, l'existence d'une nation au sein d'un État fédératif est pour lui, « *douteuse* » du fait que la souveraineté et la citoyenneté allant de pair, la double citoyenneté des individus vivant dans une Fédération (fédérative et de l'État membre) empêche l'existence d'une nation.

Nous objecterons à ces considérations plusieurs arguments. Premièrement, l'unicité d'un peuple ne conduit pas nécessairement à la reconnaissance d'une nation. En effet et en accord avec Olivier Beaud, il paraît impossible d'appliquer la conception de la nation telle que perçue selon la perspective de l'État nation sur le plan fédératif. La conception de la nation telle que nous la connaissons dans notre système européen-continentale provient de la vision ayant pour référence le cadre de l'État nation. Or, ce cadre est totalement étranger au cadre fédératif qui s'en distingue largement, en partie du fait d'une organisation véritablement différente et où l'exercice de la puissance publique est partagé par au moins deux niveaux de gouvernement. Pour autant, l'unicité du peuple ne conduit pas forcément à la reconnaissance ou l'existence d'une nation, principalement dans le cadre fédératif. Si le peuple considère sa propre existence à l'échelle fédérative, cela ne remet pas en cause le sentiment d'appartenance à un État membre.

Ajoutons à titre illustratif que la *Constitution fédérative de 1988* fait référence à la « *souveraineté populaire* » lorsqu'elle parle des droits politiques s'exerçant par le suffrage universel¹⁰³⁸ et non pas à la souveraineté nationale. De plus, la formulation de la *Constitution étasunienne* de la notion de peuple fait référence au « *peuple des différents États* » dans son article 1¹⁰³⁹. La Constitution, lorsqu'elle fait référence au mode de

¹⁰³⁶ Olivier Beaud, *idem*, p. 121.

¹⁰³⁷ Olivier Beaud, *idem*, p. 39.

¹⁰³⁸ Article 14 de la *Constitution fédérative de 1988*.

¹⁰³⁹ Article 1, section 2 de la *Constitution étasunienne*.

représentation des États, indique que « *Le Sénat des États-Unis sera composé de deux sénateurs pour chaque État, élus pour six ans par le peuple de cet État* »¹⁰⁴⁰ (souligné par nous). Ces deux formulations et l'absence totale du terme « *nation* » dans la Constitution ne peuvent laisser croire à l'existence d'une nation, telle que nous l'entendons dans notre conception européenno-continentale. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si une nation étasunienne préexistait à l'adoption de la *Constitution des États-Unis*. Par contre, cela n'empêche pas de considérer que si la formulation « *We the people* » peut être ambiguë quant à l'existence ou non d'un seul peuple étasunien, il est possible de considérer que dès lors que les treize États ont décidé de se regrouper dans un ensemble et de signer la *Constitution des États-Unis*, il a existé un peuple à ce moment-là.

Ensuite, c'est le propre de la logique fédérative de considérer qu'il existe des composantes diverses dans un même ensemble. Rappelons que la logique fédérative repose sur une recherche d'équilibre entre les multiples forces qui composent la Fédération et que ces forces sont par définition contraires et donc diverses. Cela a pour conséquence la reconnaissance de l'existence de ces différentes forces et notamment de la reconnaissance d'un *tiraillement* entre les intérêts des États membres (et donc de leurs peuples) et les intérêts de la Fédération. Il serait illogique de considérer que le cadre fédératif n'envisage pas l'existence de deux peuples qui pourraient manifester leurs divergences dans certains cas et se retrouver unis dans d'autres. Le peuple ne serait donc pas une troisième entité à côté de la Fédération et des États membres, mais bien l'élément constitutif de la Fédération par son existence dans les États membres.

Outre les critiques qui pourraient être opposées à ces considérations, cette vision de trois courants de pensée ne fait que refléter une vision européenne peu claire et conçue sur la base des caractéristiques bodiniennes de la souveraineté. Autrement dit, cette vision ne peut se réduire qu'à une vision « *culturo-centrée* », construite sur la base d'outils existants dans la culture européenne, relativement aveugle à une réalité matérielle et fonctionnelle qui peut exister sur un autre continent. Nous pensons pourtant qu'une autre vision de la souveraineté existe : une vision construite dans la culture nord-américaine, et qui n'attribue pas à la souveraineté les mêmes caractéristiques que la vision européenne et bodinienne. Cependant, avant de présenter cette vision, il semble opportun de montrer

¹⁰⁴⁰ Article 1, section 3-1 de la *Constitution étasunienne*.

que la vision européenne a perdu sa validité depuis le milieu du XVII^{ème} siècle, et que, si l'on considère la souveraineté avec les caractéristiques européennes, plus aucun État ne peut revendiquer une quelconque souveraineté aujourd'hui et ce, depuis deux siècles et demi.

§2 Le changement radical de la souveraineté avec les Traités de Westphalie

Selon nous, la souveraineté ne devait déjà plus correspondre à ce qu'elle signifiait du simple fait du développement des relations diplomatiques. La signature des *Traités de Westphalie* et le développement des relations internationales entre les États va conduire à créer un nouvel environnement juridique dans lequel la souveraineté des États va être largement modifiée et restreinte (A), faisant évoluer la conception de la souveraineté dans son essence (B) et conduisant à sa remise en cause du fait de l'existence de nouveaux paliers de création du droit (C).

A) L'apparition d'un nouveau cadre juridique international

Depuis la période *post-Westphalienne*, c'est-à-dire lorsque les relations internationales se sont intensifiées et ont commencé à modifier les règles propres de chaque État, la souveraineté a vu son sens changer. La paix de Westphalie, rappelons-le, qui mit fin à la guerre de Trente ans en 1648, reconnut la souveraineté des États. Toutefois, ni le *Traité d'Osnabrück* signé le 8 septembre 1648, ni celui de Munster, du 24 octobre 1648, (les deux formant le *Traité de Westphalie*) ne font référence à la souveraineté ou à tout élément relatif à l'État souverain. En effet, lorsque les États n'entretenaient que de faibles relations entre eux jusqu'au XVII^{ème} siècle, la souveraineté pouvait être définie comme le fait Neil Walker comme « *un pouvoir suprême ordonné établissant et respectant l'identité et le statut d'un régime, assurant la continuité d'une autorité judiciaire suprême* »¹⁰⁴¹. À cette époque, chaque État est seul à pouvoir agir sur son propre territoire et les faibles relations internationales n'ont aucune influence sur l'organisation interne d'un pays. Cependant, lorsque les relations entre les États vont se développer, qu'elles soient diplomatiques, commerciales ou économiques, la situation va changer. Les influences des pays étrangers d'abord dans un simple cadre conventionnel,

¹⁰⁴¹ Voir Neil Walker, « Late Sovereignty in the European Union », in Neil Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, p. 6.

puis politique et juridique ensuite avec la création d'organismes internationaux et d'entités politiques, ainsi que la multiplication et la complexification des relations commerciales et économiques, vont faire passer la notion de souveraineté à une seconde étape. On va passer d'une conception moniste du droit à une conception dualiste, voire plurielle et complexe¹⁰⁴². Cette seconde étape va donc très largement modifier la conception de la souveraineté qui va voir une partie de ses composantes fondamentalement touchées : l'autorité suprême d'un État sur son territoire, la capacité pour un État d'agir comme il le souhaite sur son territoire, une cour suprême qui sera la seule à décider de l'application et de l'interprétation du droit en vigueur... tous ces éléments vont être mis à bas.

La souveraineté est entendue dans son sens primaire et général comme l'existence d'une autorité suprême dont le pouvoir de décision s'applique à l'intérieur d'un territoire et qui ne pourrait voir la portée de ses décisions contrainte ou contrecarrée par une autorité externe à ce territoire. Aucun empiètement n'est donc possible. Pourtant, cette conception de la souveraineté ne peut appartenir qu'à l'ère *pré-Westphalienne*. Aujourd'hui et depuis plus de cinquante ans, sous l'influence du développement croissant des relations internationales, politiques, économiques et humaines, sous l'influence de la situation de mondialisation, les limites d'un territoire ne sont plus seulement géographiques et physiques mais avant tout fonctionnelles et incontestablement liées à la puissance économique du territoire concerné, lui donnant *ipso-facto* un degré de puissance politique.

Dans ce cadre, la question de la limitation des compétences d'un État doit faire l'objet de réflexions pour pouvoir être appréciée à sa juste valeur. En effet, il existe une très grande différence entre le fait, pour un État, de voir ses compétences et ses pouvoirs limités du fait de l'existence d'une entité (État ou organisation internationale) qui pourrait agir également sur le même territoire et le fait pour un État de limiter sciemment et délibérément ses compétences afin de les partager avec une entité « *étrangère* ». Cela concerne notamment le cas des États de type fédératif et plus largement les entités regroupant plusieurs États, comme l'Union européenne. La souveraineté *partagée*

¹⁰⁴² Voir dans ce sens François Ost et Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.

consiste bien en un transfert *volontaire* d'une partie des compétences et des pouvoirs et donc de la souveraineté d'une autorité vers une autre autorité agissant, notamment, sur le même territoire. On parlera alors, non pas de limitation territoriale des compétences, mais plutôt de limitation fonctionnelle.

Néanmoins, il faut ajouter à cela que la conception traditionnelle de la souveraineté sous-entendait, nous l'avons dit, l'existence d'une autorité suprême impliquant les notions d'autonomie, d'indépendance et d'autorité exclusive sur un territoire. Ainsi, tout État ne pouvant revendiquer ces caractères dans l'application de sa politique, ne pouvait être considéré comme un État souverain. Toutefois, dans l'ordre *post-Westphalien*, fruit de la mondialisation et des relations multidimensionnelles, c'est-à-dire dans un ordre juridique pluraliste, relativisant l'importance d'une compétence complète d'un État sur un territoire, les compétences fonctionnellement limitées permettent de concevoir une autonomie sans exclusivité territoriale. Cela va donc conduire à relativiser les conceptions d'autorité suprême et de souveraineté et à les envisager selon une perspective nouvelle.

La clé de la compréhension de ce point est le fait que les frontières ne doivent plus être perçues comme un espace dans lequel un État jouissait seul d'une autorité suprême. Aujourd'hui et depuis un quart de siècle, les chevauchements et les interférences de règles sont devenus la norme¹⁰⁴³ et les conflits sont beaucoup plus systématiques. Ainsi, la coexistence de plusieurs pouvoirs sur un même territoire et donc de pouvoirs fonctionnellement limités ne doit pas amener à voir une absence de souveraineté. Neil Walker explique dans cette perspective que le fait que l'Union européenne soit compétente dans un certain nombre de domaines qui appartenaient auparavant aux États membres, ne peut raisonnablement faire dire que lesdits États ne soient plus souverains¹⁰⁴⁴. C'est cette même idée qui amène à penser que la souveraineté existe bien dans les systèmes fédératifs et notamment dans les États fédérés. Cela sera analysé plus loin¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴³ Au sens sociologique du terme.

¹⁰⁴⁴ « *So, for example, to the extent that the claim to sovereignty of the European Union over a range of competences previously within the exclusive jurisdiction of the fifteen member states is plausible and effective, this does not seriously question the continuing sovereignty of the fifteen member states as regards their remaining areas of territorial jurisdiction* », Neil Walker, op. cit., pp. 23-24.

¹⁰⁴⁵ Voir la section 2 de ce chapitre.

Pour ces différentes raisons, certains auteurs considèrent donc que la notion de souveraineté n'a plus de véritable consistance et parlent même, comme Stephen Krasner d'« *hypocrisie organisée* »¹⁰⁴⁶ en parlant encore de son utilisation. Elle aurait totalement perdu son sens aujourd'hui et il ne serait donc plus pertinent d'utiliser ce terme. C'est également ce que pense Neil MacCormick pour lequel existe un « *pluralisme du droit international* » empêchant toute souveraineté d'exister¹⁰⁴⁷. Neil Walker parle, lui, de « *late sovereignty* », c'est-à-dire de « *souveraineté perdue* », de *souveraineté disparue*¹⁰⁴⁸. En conséquence, pour certains auteurs, comme Kenichi Ohmae, l'État-nation n'existe plus aujourd'hui : il a disparu avec la globalisation et notamment la naissance des économies régionales¹⁰⁴⁹.

La souveraineté ne peut donc raisonnablement plus recouvrir le même sens que celui qu'elle avait avant le développement des relations internationales. La conception européen-continentale est largement dépassée et doit se concentrer sur une définition en accord avec son temps. Cela doit donc permettre d'envisager qu'une autre conception de la souveraineté peut exister, correspondant à la logique fédérative.

B) L'existence de deux courants de pensée de la souveraineté

La capacité pour des États membres d'exercer une autorité totale sur l'ensemble de leur territoire et à l'international est devenue de plus en plus difficile à mettre en oeuvre. Les processus de mondialisation et de reconnaissance des particularités culturelles ont augmenté la multiplicité des relations à un niveau international, ce qui a eu des conséquences sur les niveaux local et régional, justifiant aussi les différences à ces niveaux. Cela a, par conséquent, réduit la capacité pour les États membres d'élaborer et d'encadrer juridiquement des politiques économiques, sociales, étrangères et de défense propres du fait de l'impossibilité à créer une identité nationale assez unie et reconnaissant des valeurs communes.

¹⁰⁴⁶ Cité par Neil Walker, *idem*, p. 19.

¹⁰⁴⁷ Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty : Law, State and Practical Reason*, Oxford, Oxford, University Press, 1999.

¹⁰⁴⁸ Neil Walker, *idem*, p. 19.

¹⁰⁴⁹ Voir Kenichi Ohmae, *The End of the Nation State. The Rise of Regional Economies*, New York, Free Press, 1995, 228 p.

Deux conceptions apportent une vision de cette nouvelle situation comme le montrent les travaux de Richard Bellamy¹⁰⁵⁰. Nous ferons une première et rapide présentation de ces deux conceptions avant de les étudier plus précisément. La présentation de ces deux conceptions permettra de constater la diversité des conceptions actuelles de la souveraineté afin de mettre en avant la faible portée de la conception européenne continentale et considérer une conception prévoyant un partage de la souveraineté.

La première (dite conception *pro-souveraine*) soutient que les États ont conservé leur souveraineté, mais ont développé de nouvelles stratégies pour la défendre et l'ont transférée à d'autres entités¹⁰⁵¹. Il existe une souveraineté lorsque le peuple peut se gouverner lui-même, parfois par le biais de représentants, et lorsqu'il possède l'autorité suprême sur un domaine précis.

La seconde conception (dite conception *post-souveraine*) soutient qu'il faut aller au-delà de la souveraineté des États-nation, envisager une division de celle-ci par une entité supérieure suprême¹⁰⁵². Dans ce cas, la souveraineté intrinsèque de chaque État se réduit substantiellement, dès lors qu'il ne dispose plus de la maîtrise d'une part importante des composantes de celle-ci.

Il existe une symétrie entre ces deux visions de la souveraineté car les deux ont pour postulat que la souveraineté est fondamentalement politique, c'est-à-dire, à l'époque *moderne*, à la fois suprême et reposant sur l'existence de représentants. Cependant, la *rule of persons* (du fait de l'existence de représentants) ne peut exister sans la *rule of law*. Les deux vont de pair et sont les deux côtés d'une seule et même idée : la souveraineté. La souveraineté politique ne peut donc pas être simplement politique ; elle nécessite une matérialisation normative¹⁰⁵³. Un exemple significatif est le cas avec les décisions rendues par la Cour suprême étasunienne en cas de conflit d'interprétation des règles qui ont toujours donné une interprétation matérielle à des dispositions écrites. La vision *post-souveraine* est donc affaiblie dans ses conditions de justification.

¹⁰⁵⁰ Voir Richard Bellamy, « Sovereignty, Post-Sovereignty and Pre-Sovereignty : Three Models of the State, Democracy and Rights within the EU », in Neil Walker, *Sovereignty in Transition*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 167-189.

¹⁰⁵¹ Voir Robert Jackson, « Sovereignty in World Politics : a Glance at the Conceptual and Historical Landscape », *Sovereignty at the Millenium*, Special Issue, 1999, (47), *Political Studies*, pp. 431-456.

¹⁰⁵² Voir David Held, *Democracy and the Global Order : From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, Polity, 1995, p.135 à 137. Pour plus de développements, voir ci-dessous.

¹⁰⁵³ Voir H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, chap. IV et VI.

Arrêtons-nous sur la vision *post-souveraine* pour tenter de saisir plus en profondeur son sens (1), et analysons une alternative, la vision *pré-souveraine*, qui voit les deux côtés de la souveraineté, politique et juridique, unis et complémentaires (2). Cela montrera la complexité de la notion de souveraineté - et donc la possibilité de l'envisager d'une manière différente de la vision européenno-continentale - et les différents courants, parfois contradictoires, qui trouvent des défenseurs aujourd'hui, afin de démontrer qu'une autre souveraineté que celle de Bodin, existe.

1) La post-souveraineté

Cette vision considère que la souveraineté est basée sur un régime autonome, avec un système politique indépendant et une seule et unique autorité suprême, au sommet de la hiérarchie des pouvoirs verticaux. La souveraineté a une portée politique et est exercée soit par un gouvernant non élu, soit par le peuple, de manière directe ou à travers ses représentants. Le pouvoir doit être absolu car l'indépendance ne peut être nuancée ou limitée, il doit être unique car il doit s'appliquer à tous les domaines, et ne peut être divisé ou partagé. Il doit enfin être suprême car il doit avoir le dernier mot. Aucune autorité supérieure n'est envisageable, et donc aucune limitation de ce pouvoir non plus. La souveraineté des États provient de leur reconnaissance mutuelle au sein de la société des États. Cependant, les accords internationaux ont réduit l'autonomie des États pour agir dans un certain nombre de domaines. Cela affecte donc l'unicité du pouvoir. La souveraineté, mise en commun et partagée avec d'autres États, est ainsi divisée. Ainsi, l'augmentation de l'autonomie régionale a fortement bousculé le *modèle* hiérarchique des systèmes fédératifs, les rapprochant de la confédération ou de la consociation, systèmes dans lesquels le partage de la décision est la norme.

2) La pro-souveraineté

Un système basé sur la vision *pro-souveraine* implique de penser la démocratie et l'État de droit comme deux éléments unis, de manière à éviter de considérer la souveraineté soit de manière juridique, soit de manière politique. Les individus sont égaux et de ce fait doivent négocier des accords collectifs de façon à manifester la volonté de reconnaissance des uns par les autres et l'écoute des besoins de chacun. La reconnaissance de chaque groupe est officialisée et matériellement incarnée par le texte constitutionnel. Ce système est dit mixte (*mixed*) car il distribue et partage les pouvoirs

par le biais de deux mécanismes : la séparation des pouvoirs et l'équilibre des pouvoirs¹⁰⁵⁴.

L'Union européenne est une illustration de système mixte, se situant entre un système souverain et *post-souverain*, d'organisation à la fois fédérative et intergouvernementale, d'un côté, et simplement régulatrice, de l'autre. Le fait que des secteurs ne puissent être régis que par un certain type d'actes, que ces actes puissent être mis en œuvre par différents acteurs, dans des domaines de compétences différents et que ces actes ne s'appliquent qu'à une certaine catégorie de la population, prouve bien la mixité de ce système. De plus, cette organisation à multiples niveaux, amène à des interactions entre les institutions et les États membres, provoquant la recherche perpétuelle d'un équilibre entre des intérêts régionaux, nationaux, supranationaux et transnationaux¹⁰⁵⁵. Renommée « *souveraineté partagée* », elle envisage une division du pouvoir souverain. Néanmoins, seul le gouvernant décide quels seront les domaines qui seront délégués à des agences ou des autorités qui auront le pouvoir de décider de manière autonome. Le centre y détient généralement un statut supérieur¹⁰⁵⁶. Cette conception de la souveraineté envisage donc un partage de celle-ci.

Ainsi, il est possible de considérer avec Georg Sørensen que, les éléments constitutifs de la notion de souveraineté consistent en des États territorialement délimités, avec une population et un gouvernement, ayant une indépendance constitutionnelle et agissant au niveau international¹⁰⁵⁷. Selon cette vision, certains États fédérés (ayant la capacité d'agir au niveau international), ou l'Union européenne elle-même, sont des États véritablement souverains.

Le système *pro-souverain* prétend pouvoir dépasser les impasses de chacune des deux visions en partageant la souveraineté. La loi doit pouvoir être acceptée par tous et

¹⁰⁵⁴ Voir Richard Bellamy, « The Political Form of the Constitution : the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy », *Political Studies*, 1996, 44, p. 436.

¹⁰⁵⁵ Voir Neil MacCormick, « Democracy, Subsidiarity and Citizenship in the "European Commonwealth" », *Law and Philosophy*, 1997, vol. 16, n°4, pp. 331-356.

¹⁰⁵⁶ Ce qui se distingue de la logique fédérative.

¹⁰⁵⁷ Voir Georg Sørensen, « Sovereignty : Change and Continuity in a Fundamental Institution », *Political Studies*, Special Issue, 1999 (47), pp. 590-604.

reconnaître les différences entre chaque groupe formant le peuple, et la multiplication des lieux de gouvernance et de prise de décision doit permettre de mettre en application avec plus d'efficacité et de dialogue les besoins de la pluralité de la population.

Ces deux visions envisagent un dépassement de la conception européenno-continentale de la souveraineté et un partage de celle-ci. Cependant, si la *post-souveraineté* considère encore une certaine unicité, la *pro-souveraineté* envisage un véritable partage et une prise en compte des différences du fait de la recherche d'équilibre qu'elle implique.

C) La remise en cause de la souveraineté par les multiples niveaux de création du droit

La souveraineté a été le « *concept-clé* »¹⁰⁵⁸ de la construction du droit moderne et de l'État, notamment dans les pays européens. Cependant, elle n'a jamais vraiment permis d'expliquer et de concevoir les variables conceptions du système juridique. Depuis plus de deux siècles, la notion de souveraineté (européenno-continentale) perd de sa légitimité du fait de l'apparition de nouvelles formes d'États, notamment fédératifs.

Pour Jacques Chevallier, la souveraineté et le droit sont liés par le terme d'État. En effet, la souveraineté est un attribut de l'État qui se concrétise par « *le privilège d'exclusivité qu'il est censé détenir sur la production de la norme juridique* »¹⁰⁵⁹. Ce système est la base sur laquelle repose la formation de l'État-nation. Selon la pensée issue de ce modèle d'État, la souveraineté est identifiée comme le caractère propre de l'État, autorité suprême, puissance absolue et impérieuse. La souveraineté, véritable attribut substantiel de l'État, se manifeste alors par le biais du droit et de la norme juridique qui est sa manifestation. Or, il est indéniablement possible d'identifier des niveaux de production normative dans lesquels la souveraineté est absente. Jacques Chevallier cite, par exemple, « *les mécanismes d'habilitation et de délégation au profit d'ordres juridiques subordonnés, les limitations de puissance consenties par l'État dans le cadre des rapports internationaux* »¹⁰⁶⁰. Cette vision du droit placée sous la domination de la

¹⁰⁵⁸ Jacques Chevallier, « Souveraineté et droit », in Dominique Maillard Desgrées du Loû (sous la dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Actes de colloque, Paris, Montchrestien, 2006, p. 203.

¹⁰⁵⁹ Jacques Chevallier, *ibidem*.

¹⁰⁶⁰ Jacques Chevallier, *idem*, p. 205.

souveraineté ne paraît pas satisfaisante car dans cette perspective, la norme juridique ne peut émaner que de l'ordre juridique étatique. Le droit ne peut donc émaner seulement que de l'État.

Deux remarques peuvent être faites ici, à la suite de Jacques Chevallier. Premièrement, le droit n'est pas seulement un moyen de contrainte mais également un moyen d'organisation, de coordination et de régulation de la vie sociale. Deuxièmement, il existe, en dehors de la sphère étatique, d'autres « *espaces juridiques* »¹⁰⁶¹. Ces « *espaces juridiques* » sont d'abord, le droit « *infra-étatique* », issu de groupements sociaux ou professionnels et appliqué dans une sphère réduite propre au domaine d'application et d'existence du groupement. Maurice Hauriou a expliqué par sa théorie de l'institution, que toute institution produit un droit propre à elle et nécessaire à la réalisation de l'« *idée d'œuvre* », c'est-à-dire la raison pour laquelle l'institution a été créée¹⁰⁶².

Le deuxième « *espace juridique* » de Jacques Chevallier est le droit « *extra-étatique* », qui concerne les espaces juridiques cherchant à s'émanciper du cadre juridique étatique. C'est le cas des groupes minoritaires soumis au droit étatique mais bénéficiant de règles et de garanties spécifiques fondées sur le droit international ou régional. C'est l'exemple de la Palestine où un cadre juridique existe en dehors du cadre juridique étatique. Ce droit « *extra-étatique* », concerne aussi les relations entre les opérateurs économiques, qui sont de plus en plus organisées sur la base de règles nouvelles et étrangères aux règles élaborées dans le cadre juridique étatique. Un exemple est le développement de l'arbitrage dans le cadre du règlement des différends commerciaux au niveau international¹⁰⁶³. Le troisième « *espace juridique* » est le droit « *supra-étatique* ». L'Organisation Mondiale du Commerce en est une parfaite illustration puisque c'est par elle que des nouvelles règles sont impulsées et négociées dans les échanges internationaux. Il convient d'ajouter que d'autres acteurs sont venus s'intégrer au processus comme les organisations non gouvernementales ou même les opérateurs économiques eux-mêmes, sous le poids des toujours plus importantes pressions qu'ils exercent sur le processus d'élaboration. Il en est de même au niveau

¹⁰⁶¹ Jacques Chevallier, *idem*, p. 207.

¹⁰⁶² Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, Larose & Forcel, 1^{ère} édition, 1910, p. 136.

¹⁰⁶³ Jacques Chevallier, *idem*, p. 210.

communautaire où le processus normatif est extrêmement prolix et dans lequel les États ont laissé une partie de leur souveraineté à des institutions supra-nationales.

Cet argument plaide effectivement en faveur de la thèse de l'évaporation de la souveraineté des États. Ici, l'argument présenté dans le A) du paragraphe 1 sur la conception bodinienne, attestant du glissement de sens entre souverain et souveraineté prend toute sa force. Les multiples sens donnés aux termes de « *souverain* » ou de « *souveraineté* » ont provoqué, mais également permis, de saisir de relatives différences de signification entre ces deux notions et ont permis ainsi d'envisager une remise en cause de l'indivisibilité de la souveraineté. Ces distinctions permettent de saisir et d'envisager une division et un fractionnement de la souveraineté. Lorsqu'elle est entendue comme caractère de l'entité hiérarchiquement supérieure, alors la souveraineté ne peut être divisée ou partagée. Par contre, quand la souveraineté est comprise comme la puissance d'État en tant qu'ensemble des compétences des organes manifestant cette puissance, son partage peut tout à fait être envisageable. Pour Michel Troper, c'est par leurs différents objets que ces compétences sont différenciables, ou par le type d'actes que ces organes peuvent établir. Il est enfin possible d'envisager une division de la souveraineté en fonction du champ de compétence des normes juridiques comme c'est le cas dans les États fédératifs.

Cette première section aura donc eu pour objectif de mettre en avant les caractéristiques d'une vision particulière de la souveraineté qu'est la vision européenne-continentale. Cette vision repose sur la conception bodinienne de la souveraineté et est largement liée à la puissance publique. De plus, nous avons tenté de démontrer que cette conception n'avait plus de pertinence aujourd'hui et depuis l'ère post-Westphalienne et par des visions proposant de la dépasser. Cette première section aura surtout eu pour objectif de montrer que cette conception européenne-continentale de la souveraineté n'est pas la seule existante et qu'il est impossible de l'appliquer au système fédératif. Elle ne repose pas sur les mêmes fondements que la vision envisageant un partage de la souveraineté et c'est ce que nous allons préciser dans la section suivante de ce chapitre qui illustrera l'importance fondamentale de la souveraineté dans la **définition** du fédéralisme.

Section 2 La conception de souveraineté dans la logique fédérative : la divisibilité de son exercice

Les paragraphes précédents de la section 1 ont tenté de montrer que l'utilisation mais également la signification du terme « *souveraineté* » ont varié selon les époques et que la vision européen-continentale n'est qu'une vision parmi d'autres. Cette section se donne comme objet de montrer l'existence non pas seulement d'une variation diachronique, mais aussi d'une variation synchronique. Les variables de contexte, donnant aux lieux leur caractère singulier, constituent des déterminants suffisamment puissants pour provoquer en une période donnée une pluralité de points de vue différents et pourtant synchrones. À côté de la conception européen-continentale, va se construire une conception nord-américaine de la souveraineté (§1), permettant d'envisager une autre conception de la souveraineté, propre au système fédératif et donc de considérer un partage de son exercice (§2).

§1 La conception nord-américaine de la souveraineté

À partir de la fin du XVIII^{ème} siècle, va se développer une conception nouvelle de la souveraineté. Cette conception propre à la construction de nouveaux États sur le continent nord-américain va subir l'influence de la conception anglo-saxonne de l'État et de la souveraineté (A) et envisager donc une possible divisibilité de celle-ci (B). La conception au Brésil étant assez largement influencée par la vision européen-continentale, son étude ne sera pas effectuée ici car elle n'apporte rien dans le cadre de la compréhension du fédéralisme sous l'angle de la souveraineté.

A) L'influence de la conception anglo-saxonne de l'État sur la souveraineté

Cette influence de la conception anglo-saxonne va s'opérer à partir de la notion d'État, différente de la conception européen-continentale (1) et permettra ensuite de construire la conception nord-américaine de la souveraineté (2).

1) La différence de conception de l'État dans les visions anglo-saxonne et européenne continentale

La conception de l'État dans la culture anglo-saxonne est substantiellement différente de celle qui existe dans la culture européenne continentale¹⁰⁶⁴. Selon Michael Keating : « *Among European scholars there is a division between the British, who have tended, like Americans, to assume the state away in analysis of domestic politics, and continentals who have elevated it to a mystical status* »¹⁰⁶⁵.

En 1968, J. P. Nettl écrivait que, aux États-Unis, « *le concept d'État n'est pas vraiment à la mode* » et que « *le problème de la souveraineté est, pour les chercheurs en sciences sociales, un échec* »¹⁰⁶⁶. La conception de l'État des penseurs anglo-saxons est donc manifestement différente de celle des penseurs européens, malgré ce que ces derniers ont pu penser. Michael Keating explique : « *c'est comme si l'État était absent, cependant les années 80 ont vu naître un débat extraordinaire (dans une perspective européenne) qui réinstalle l'analyse de l'État dans les recherches* »¹⁰⁶⁷. Une autre explication réside dans le fait qu'au début du XX^{ème} siècle, l'Angleterre, centre de l'ancien empire britannique, était l'anti-modèle de l'État et se différenciait, alors, des États européens. Heinz Lubasz écrit à ce propos, que « *c'est véritablement à cause de ces spécificités, qu'à l'époque moderne aussi, la monarchie anglaise – peu de gens osent l'appeler "l'État anglais" – a suivi une vision différente de la conception européenne* »¹⁰⁶⁸. Dans ce même sens, J. P. Nettl considère qu'il existe une différence manifeste entre les notions de souveraineté et d'État dans la logique anglo-saxonne. De plus, le lien logique entre État et souveraineté n'apparaît pas clairement dans la pensée américaine, à la différence de la conception

¹⁰⁶⁴ Voir Rémi Barrué-Belou, « Méthodes et enjeux de la démarche comparative : la question de la comparabilité », 8^{ème} congrès français de droit constitutionnel, Nancy, juin 2011, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN4/barrueBelouTD4.pdf>, p. 14.

¹⁰⁶⁵ « *pour les européens, il existe une différence entre la vision britannique qui a voulu de ne pas considérer l'État dans les analyses de politique intérieure, comme aux États-Unis, et une vision continentale qui a élevé l'État au rang de notion mystique* » (traduit par nous) Michael Keating, « Sovereignty and Plurinational Democracy : Problems in Political Science », in Neil Walker, *Sovereignty in Transition*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p.193.

¹⁰⁶⁶ J. P. Nettl, "The State as a Conceptual Variable," *World Politics*, Vol. 20, No. 4, 1968 (July), pp. 559 et 560.

¹⁰⁶⁷ (traduit par nous) Michael Keating, *op cit.*, p. 193.

¹⁰⁶⁸ (traduit par nous) Heinz Lubasz, *The Development of the Modern State*, New York and London, Macmillan, 1964, p. 6.

européenne. Cette dernière se définissait en fonction des mises en œuvre pratiques de la souveraineté, en fonction du cadre qui l'accompagnait, c'est-à-dire celui de l'État-nation. La conception de l'État ne trouve donc pas de lien étroit avec la souveraineté en raison de la différence de conception de l'État en Europe et au Royaume-Uni ou aux États-Unis. La conception européenne s'est construite avec les penseurs et théoriciens en histoire et en philosophie. Au Royaume-Uni, la conception de la souveraineté s'est construite par identification au pouvoir royal, ce qui fait dire à J. P. Nettl : « *alors que sur le continent européen cela faisait partie du raisonnement des chercheurs en science politique et en histoire, ce n'était pas le cas en Angleterre et aux États-Unis. En Angleterre, la pensée traditionnelle identifiait la souveraineté à une institution particulière – la Couronne, puis la Couronne au Parlement – adapté à l'époque démocratique par la mise en place d'élections au moins tous les cinq ans* »¹⁰⁶⁹.

La difficulté résulte du fait que la notion d'État n'a pas toujours la même portée¹⁰⁷⁰. En effet, dans les conceptions italienne ou française, l'État agit dans un domaine d'action autonome et séparé d'autres domaines comme le domaine économique ou religieux. En ce sens, il revêt un lien intime avec les idées de suprématie et de hiérarchie suprême. Au Royaume-Uni, il ne semble pas exister de définition reconnue unanimement et aux États-Unis, le mot a un sens très différent du sens donné dans le cadre européen, puisqu'il désigne le domaine résiduel d'un gouvernement régional. De plus, l'État aux États-Unis désigne les États membres et non le gouvernement central, ce dernier dénommé la plupart du temps « *United States* »¹⁰⁷¹ ou « *federal government* ». Il en va de même dans d'autres systèmes fédératifs comme au Canada ou au Brésil où l'État n'est que l'État membre de la Fédération et où le gouvernement central est dénommé « *Union* », « *federal government* » ou « *central government* ». Cela illustre donc clairement l'importante différence de conception de l'État dans la vision européenne et dans les visions anglo-saxonne et étasunienne.

Pour corroborer cette différence de conception, il est également possible de se rapporter à l'usage commun du mot « *État* » dans les pays anglophones. Il fait

¹⁰⁶⁹ (traduit par nous), J. P. Nettl, *idem*, p. 573

¹⁰⁷⁰ Voir Rémi Barrué-Belou, « Méthodes et enjeux de la démarche comparative : la question de la comparabilité », 8^{ème} congrès français de droit constitutionnel, Nancy, juin 2011, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN4/barrueBelouTD4.pdf>, p. 15.

¹⁰⁷¹ Voir J. P. Nettl, *idem*, p. 578.

généralement référence à la notion d'« *État-providence* », qui a un caractère assez péjoratif dans le monde anglo-saxon¹⁰⁷². Son emploi est donc réduit au domaine économique.

Encore, une autre différence est manifeste par le caractère donné et reconnu à l'administration dans les pays de tradition européenne qui est très différent aux États-Unis, où ces fonctions sont remplies à la fois par les institutions publiques et des organismes privés, ne représentant pas directement l'État¹⁰⁷³.

Il faut ajouter qu'une partie de la doctrine étasunienne considère que la vision de la souveraineté en tant que suprématie absolue a plutôt une perception négative¹⁰⁷⁴. Michael Ross Fowler écrit à ce propos que le fait de qualifier un État de souverain le fait moins reposer sur son caractère suprême qu'auparavant à cause des notions de démocratie, de liberté populaire de responsabilité des gouvernements dont le pouvoir est ascendant (provient du peuple)¹⁰⁷⁵.

Ce paragraphe a démontré que des différences évidentes et fondamentales dans la perception et le rôle de l'État existaient entre les conceptions européenno-continentale et anglo-saxonne. Cela conduit à se poser la question de la souveraineté selon un angle de vue plus large. Identifier et cerner les différences constitue donc une condition nécessaire pour tenter de comprendre véritablement la conception anglo-saxonne de la souveraineté et ses différences avec la conception européenno-continentale malgré la similitude lexicale des termes.

2) Les variations de la notion d'État et ses conséquences sur les différences de conception de la souveraineté

Selon J. P. Nettl, la tradition intellectuelle étasunienne a été de nier l'existence de la souveraineté¹⁰⁷⁶. En conséquence, seul le droit est souverain et seule la fonction de la

¹⁰⁷² « [...] *the only common usage in english of the word "state" is in connection with the concept of welfare state [...] that has slightly pejorative or at least ironic overtones* » J. P. Nettl, *idem*, p. 577.

¹⁰⁷³ Rémi Barrué-Belou, *ibidem*.

¹⁰⁷⁴ Dans les États où le libéralisme politique se méfie de toute forme de pouvoir « *absolu* ». Voir David Miltrany, *The Progress of International Government*, New Haven, Yale University Press, 1933, p. 71.

¹⁰⁷⁵ Michael Ross Fowler and Julie Marie Bunck, *Law, Power and the Sovereign State*, University Park Pennsylvania, Pennsylvania State University Press, 1995, p. 44.

¹⁰⁷⁶ Voir J. P. Nettl, *idem*, p. 574.

souveraineté peut être réalisée et institutionnalisée par la loi. Cela dénote bien que les types de souveraineté diffèrent selon les structures.

Pour approfondir la vision étasunienne de la souveraineté, nous allons analyser celle-ci dès la création des États-Unis. La création des États-Unis va conduire à des premières réflexions sur la souveraineté (a) et amènera ensuite à des débats sur son titulaire. Cette détermination du titulaire, c'est-à-dire la fédération ou les États, passera par la question de l'existence d'un peuple ou de plusieurs (b).

a) La conception de la souveraineté aux États-Unis dans les premières réflexions

La reconnaissance d'une souveraineté aux États-Unis a été le plus souvent défendue par l'idée selon laquelle le peuple en est le détenteur. Cette vision qui reste l'une des plus reconnue garde encore une légitimité importante. En effet, dès les premiers temps de la remise en cause de l'autorité britannique, les États-Unis vont se poser la question de la souveraineté et de son détenteur, le peuple.

Quelques temps avant la Guerre d'Indépendance et lors des premiers différends entre la Grande-Bretagne et les colonies américaines, si le peuple du *Nouveau Monde* reconnaissait au Parlement anglais un pouvoir législatif suprême pour les affaires dites « *externes* » comme le commerce, il en allait complètement autrement des affaires « *internes* » de chaque colonie¹⁰⁷⁷. Ceux qui allaient devenir des étasuniens considéraient que ces affaires étaient du ressort des législatures locales. La souveraineté était alors divisée entre les législatures locales et impériale ; les deux étant des autorités suprêmes, c'est-à-dire ayant l'autorité finale, dans leurs domaines respectifs¹⁰⁷⁸.

Dès 1770, le peuple étasunien estima que l'Angleterre ne devait pas avoir une quelconque influence sur son propre sol et que la souveraineté devait revenir aux seules législatures étasuniennes. Par la suite, la Confédération américaine reconnut que les États tout en conservant leur souveraineté, devaient conférer des pouvoirs limités au Congrès¹⁰⁷⁹. C'est alors que l'idée d'une souveraineté appartenant au peuple acquit une

¹⁰⁷⁷ Rémi Barrué-Belou, *idem*, p. 16.

¹⁰⁷⁸ Voir Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, enlarged ed., Cambridge Massachusetts, Belknap Press of Harvard University Press, 1992, p. 216.

¹⁰⁷⁹ « *Each state retains its sovereignty, freedom and independence, and every power, jurisdiction, and right, which is not by this confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled* »,

reconnaissance générale. Il fut donc reconnu que la souveraineté, reposant sur le peuple, n'était pas divisée dans la Constitution. Par contre, c'était bien plutôt les pouvoirs qui étaient divisés entre le gouvernement national et ceux des États membres. Il ressort de cela que c'est bien *l'exercice* de la souveraineté et non pas la souveraineté elle-même qui est divisé, par les différents ordres de gouvernement ou les organes publics. Cette vision, attribuée à James Wilson, fut à la base de la conception fédéraliste¹⁰⁸⁰.

Par la suite, de nombreux auteurs et juges de la Cour suprême étasuniens furent de fervents défenseurs de la théorie de la souveraineté populaire.

James Madison, l'un des *Pères fondateurs* des États-Unis et co-auteur de la Constitution étasunienne, défendit l'idée d'une souveraineté appartenant au peuple et étant partagée entre le gouvernement fédéral et les gouvernements des États¹⁰⁸¹. Ainsi, tout en défendant l'idée d'une souveraineté gouvernementale détenue par une entité supérieure, il va considérer une division de la souveraineté entre le niveau fédéral et celui des États. Pour autant, Madison ne considère un partage de souveraineté que dans le cadre d'une souveraineté déléguée. Il écrira dans un échange épistolaire que « *la souveraineté déléguée est divisée entre le gouvernement fédéral et les gouvernements d'États* »¹⁰⁸². Il fera donc sienne l'idée selon laquelle la souveraineté ne réside pas dans un État, mais bien dans le peuple. Justifiant l'idée d'une souveraineté divisée, Madison faisait reposer la Constitution étasunienne sur deux piliers : le peuple et les États. Il écrit alors dans ce sens : « *le pouvoir suprême, c'est-à-dire, la souveraineté du peuple des États-Unis, était par nature divisible et était divisé dans les faits [...] les États étant, dans leur souveraineté suprême, compétents pour abandonner leur souveraineté et pour former un État à part entière, afin qu'il puisse abandonner une partie et conserver l'autre, comme ils l'ont fait* »¹⁰⁸³.

Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1969, p. 358.

¹⁰⁸⁰ Voir Gordon S. Wood, *op. cit.*, p. 530.

¹⁰⁸¹ Il le fera même s'il n'adhère pas à la théorie de la souveraineté dualiste. Voir Jean-Philippe Feldman, « La conception américaine de la souveraineté », in Dominique Maillard Desgrées du Loû, *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 95.

¹⁰⁸² Lettre à Thomas Ritchie, 18 décembre 1825 citée in James Morton Smith (ed.), *The Republic of Letters : The Correspondence between Thomas Jefferson and James Madison, 1776-1826*, N.Y. & Londres, W.W. Norton & Co., 1995, vol.3, pp. 1949-1951.

¹⁰⁸³ (traduit par nous) James Madison, *Letters and Other Writings*, vol. IV, 1865, pp. 390-391.

Il soutient alors que si l'on conçoit la souveraineté comme indivisible, « *the political system of the United States is a chimera, mocking the vain pretention of human wisdom* »¹⁰⁸⁴. Pour lui, la Constitution est une convention, un contrat passé entre les peuples souverains et les États membres et représente l'unique moyen d'éviter que ces peuples conservent leur souveraineté. La Constitution offre également la possibilité de se retirer de la convention, en attendant qu'un nouveau *souverain* prenne part à cette association d'États en aliénant une partie de ses pouvoirs.

La souveraineté du peuple trouve de nombreux défenseurs en Amérique du Nord. Cependant, une question découlant de la souveraineté du peuple va diviser la doctrine : la souveraineté appartient-elle au peuple étasunien en tant qu'entité unie, ou aux peuples des différents États, regroupés mais non unis ?

b) La souveraineté du (des) peuple(s) ?

En ce qui concerne les États-Unis, l'expression de « *peuple américain* » revêt un caractère tendancieux, car doublement interprétable. En effet, le « *peuple américain* » peut désigner le peuple étasunien dans son ensemble, c'est-à-dire les citoyens des États-Unis, mais il peut également sous-entendre le peuple des États formant les États-Unis. Dans ce cas, le « *peuple américain* » peut désigner les peuples de chaque État. Cela a entraîné des oppositions entre les auteurs et les juges de la Cour suprême qui, pour certains, défendaient une vision totalisante, et pour d'autres, une vision maintenant l'existence de peuples différents. Une certaine ambiguïté existe donc concernant la notion de « *peuple américain* ».

Pour certains, le peuple étasunien doit être vu comme une somme de plusieurs peuples. James Madison considèrait, par exemple, que : « *la constitution est fondée sur l'accord et la volonté du peuple d'Amérique [...] non en tant qu'individus composant une nation, mais composant les différents et indépendants États dont ils proviennent [...] Chaque État, en ratifiant la constitution, est considéré comme un corps indépendant des autres et souverain et simplement lié par un acte de volonté* »¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸⁴ « le système politique des États-Unis est une chimère, ridiculisant les aspirations prétentieuses de l'esprit humain » (traduit par nous), James Madison, Works, IV, p. 61, cité par C. E. Merriam, A History of the Theory of Sovereignty Since Rousseau, New York, Columbia University Press, 1900, p. 166.

¹⁰⁸⁵ James Madison, *The Federalist Papers*, n°39.

Elisabeth Zoller explique, elle, que le peuple étasunien doit être entendu comme « *une nation de “patriotes”, un ensemble pluriel et composé, un tout formé d’une multitude d’individus* »¹⁰⁸⁶ et non comme un ensemble formant un tout.

Selon une majorité d’auteurs, les États-Unis furent formés par un acte contractuel volontaire entre les peuples des États indépendants qui conservaient nécessairement leur souveraineté à l’intérieur de leur territoire et le droit de se retirer de ce pacte. Thomas Jefferson fut le partisan le plus influent de cette théorie de la souveraineté des États, notamment en assimilant le peuple aux États¹⁰⁸⁷.

De plus, et pour justifier la thèse de la souveraineté des peuples, les *Résolutions de Virginie*, rédigées avec l’aide de James Madison, reconnurent que le gouvernement national, y compris le pouvoir judiciaire, ne pouvait être l’autorité suprême des pouvoirs délégués au gouvernement national par le pacte constitutionnel¹⁰⁸⁸. Le « *final judge* » est donc les États eux-mêmes. Ces *Résolutions* reconnurent que les États pouvaient s’interposer et opposer leur autorité pour protéger la Constitution et leurs droits.

Les *Résolutions du Kentucky*, en 1798 et 1799, allèrent encore plus loin en suggérant que les États pouvaient annuler, sur leur territoire, les actes du gouvernement national qu’ils jugeaient inconstitutionnels. Ces *Résolutions* influencèrent fortement les autres États. John C. Calhoun, vice-Président de l’État de Caroline du Sud, soutint que chaque État, en tant que partie du pacte originel, gardait sa souveraineté à l’intérieur de son territoire et pouvait s’interposer face au gouvernement national et déclarer une loi fédérale caduque, empêchant son application¹⁰⁸⁹. Pour Calhoun, la souveraineté appartenait aux États et plus particulièrement aux peuples qui avaient délégué une partie de leurs pouvoirs au gouvernement national. Le juriste étasunien écrit : « *I maintain that sovereignty is in its nature indivisible. It is the supreme power in a State, and we might just as well speak of half a square, or half a triangle, as of half a sovereignty* »¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁶ Elisabeth Zoller, *Le droit des États-Unis*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2001, p. 37.

¹⁰⁸⁷ Voir James H. Read, *Power versus Liberty ; Madison, Hamilton, Wilson and Jefferson*, Charlottesville, University Press of Virginia, 2000, p. 146.

¹⁰⁸⁸ Wayne D. Moore, « Reconceiving Interpretative Autonomy : Insights From the Virginia and Kentucky Resolutions », *Constitutionnal Commentary*, 1994, 11, p. 320.

¹⁰⁸⁹ Voir Drew R. McCoy, *The Last of the Fathers ; James Madison and the Republican Legacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 131.

¹⁰⁹⁰ « *Je persiste à penser que la souveraineté est, par nature, indivisible. C’est le pouvoir suprême dans un État, et l’on pourrait aussi bien parler d’un demi carré, d’un demi triangle comme d’une demie*

Toutefois, pour lui, les États membres d'une Fédération délèguent l'exercice de leur souveraineté et peuvent toujours le reprendre en se retirant du pacte ou en refusant d'appliquer une loi fédérale contraire au pacte¹⁰⁹¹.

D'autres auteurs, y compris anglais comme John Austin allèrent dans le sens d'une souveraineté des États. Celui-ci reconnut aux États membres, la possession de la souveraineté en se référant à l'article V de la Constitution¹⁰⁹². Dans la même perspective, A. V. Dicey écrivit « *the legal sovereignty of the United States reside in the States' governments as forming one aggregate body represented by three-fourths of the several States at any time belonging to the Union* »¹⁰⁹³.

Cependant, la souveraineté du peuple repose en particulier sur une idée précise : le peuple est titulaire du pouvoir constituant. La supériorité du souverain, en tant qu'autorité suprême de l'idée de droit et en tant que titulaire de l'autorisation de la manifestation de la règle, le situe, pour Georges Burdeau, « *au-dessus de tout statut constitutionnel* »¹⁰⁹⁴. Selon cette perspective, le caractère fondamental de la souveraineté est la possession du pouvoir constituant, permettant de rester *maître de l'idée de droit* et d'avoir une influence sur les gouvernants et les institutions. Le fait de pouvoir exercer un choix sur les gouvernants permet de contrôler la bonne exécution de l'idée de droit du souverain. Cette conception, pourrait donc convenir à un système fédératif.

La thèse de la souveraineté du ou des peuple(s) reste donc en suspens. C'est davantage la souveraineté des États membres qui semble retenir l'approbation d'un certain nombre d'auteurs ou de juristes anglo-saxons. Néanmoins, cela n'apporte pas d'influence

souveraineté » (traduit par nous), in August O. Spain, *The Political Theory of John C. Calhoun*, New York, Bookman Associates, 1951, p. 173.

¹⁰⁹¹ Voir Bernard Voyenne, *Histoire de l'idée fédéraliste – Les lignées proudhoniennes*, vol. 3, Paris, Presses d'Europe, 1981, p. 140.

¹⁰⁹² « *The sovereignty of each states, and also of the larger state raising from the federal union, resides in the states governments as forming one aggregate body; meaning by a state's government, not its ordinary legislature, but the body of its citizens which appoints its ordinary legislature, and which, the union apart, is properly sovereign therein* », John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, in H. L. A. Hart, London, Weidenfeld and Nicholson, 1954, p. 251.

¹⁰⁹³ « *La souveraineté des États-Unis réside dans les gouvernements des États, formant un corps regroupé représenté par les trois-quarts des différents États appartenant à l'Union en tout temps* » (traduit par nous), A. V. Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, 2nd ed., London, MacMillan, 1886, p. 135.

¹⁰⁹⁴ Georges Burdeau, *Traité de science politique – L'État*, Tome, II, Paris L.G.D.J., 1980, p. 308.

négligence sur la reconnaissance d'une souveraineté du peuple, notamment sur le fait que cette souveraineté appartient au peuple en tant que titulaire du pouvoir constituant.

B) La divisibilité de la souveraineté

La division de la souveraineté implique l'existence d'un tribunal qui aura pour rôle, en partie, de veiller au respect des limites de chaque pouvoir exerçant sa souveraineté. Dans de nombreuses Fédérations, la Cour suprême joue ce rôle permettant de reconnaître une division de la souveraineté. Les États-Unis et le Canada en sont deux exemples manifestes. Nous verrons donc comment la conception de la souveraineté s'est construite aux États-Unis (1) puis comment la conception canadienne a été développée (2).

1) La conception de la souveraineté aux États-Unis

Le terme de souveraineté n'apparaît pas de manière formelle dans les textes étasuniens. Ce terme n'est pas non plus utilisé par les auteurs contemporains ou commentateurs du système fédératif étasunien. Afin d'étudier cette notion, il faut adopter une analyse historique et se servir des textes fondateurs anciens, des décisions de justice de la fin du XVII^{ème} siècle ou des écrits des penseurs et du XVIII^{ème} et du XIX^{ème} siècle.

Les Fédéralistes, après l'indépendance étasunienne, vont considérer que la souveraineté va être transférée de la Couronne britannique vers le Congrès étasunien. Leurs opposants, considéreront au contraire que la souveraineté a été transférée vers les États et le peuple¹⁰⁹⁵. Les *Federalist Papers* vont tenter de trancher cette question en considérant que la souveraineté est « *divisée* » dans la Constitution entre chaque ordre de gouvernement. Ceux-ci sont souverains dans leurs domaines de compétence respectifs¹⁰⁹⁶.

La plupart des textes étasuniens ne font pas mention du concept de souveraineté. Jean-Philippe Feldman, reprenant quelques textes majeurs de l'histoire étasunienne, indique que si l'article 2 de la Confédération du 15 novembre 1777 prévoit que « *chaque État conserve sa souveraineté, sa liberté et son indépendance* », ni la *Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776*, ni la *Constitution du 17 septembre 1787* ne comportent

¹⁰⁹⁵ Voir Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *Federalism in America*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 2006, p. 580.

¹⁰⁹⁶ Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *ibidem*.

le terme de souveraineté¹⁰⁹⁷. Il note que la notion de souveraineté n'est pas présente dans les textes anglo-saxons car elle est contraire à leur tradition¹⁰⁹⁸. Il cite notamment Edward Coke, grand juriste anglais de la Couronne, qui considérait que le pouvoir souverain était une contradiction du fait que dans la logique juridique de la *common law*, le pouvoir ne s'exerce que par le Droit. Néanmoins, la question de la souveraineté n'est pas totalement étrangère aux penseurs et praticiens étasuniens¹⁰⁹⁹.

Dès la fin du XVIII^{ème} siècle, les conflits de souveraineté entre les États et le gouvernement fédéral se sont posés et la Cour suprême a dû traiter cette question. L'affaire *Chisholm v. Georgia*¹¹⁰⁰ a été une phase importante dans la résolution de la question de souveraineté. Dans cette décision, le juge Wilson expose que les intérêts de l'Union prévalent, l'État de Georgie n'étant pas un État souverain. Le juge Iredell va mettre en avant la théorie de la souveraineté dualiste, en accord avec le juge Jay qui va déclarer que si la souveraineté de la nation réside dans le peuple, la souveraineté réservée de chaque État existe dans le peuple de chaque État¹¹⁰¹. De vifs débats politiques eurent lieu tout au long du XIX^{ème} siècle¹¹⁰², mais il est très majoritairement admis aujourd'hui que la souveraineté au sein des États-Unis n'est nullement indivisible, mais bien double et partagée.

Dès la fin du XVIII^{ème} siècle, les principales tendances, qu'elles soient politiques ou jurisprudentielles vont donner l'apparence d'un partage de la souveraineté. Le rapport Madison sur les *Résolutions de Virginie* de 1798 va aller dans le sens d'un partage de la souveraineté, notamment par un transfert des compétences au profit du gouvernement fédéral¹¹⁰³.

¹⁰⁹⁷ C'est ce que constate Daniel Webster dans sa plaidoirie devant la Cour suprême dans l'affaire *Bank of Augusta v. Earle*, (1839) 38 U.S. 13 voir Jean-Philippe Feldman, « La conception américaine de la souveraineté », in Dominique Maillard Desgrées du Loû, *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 83.

¹⁰⁹⁸ La grande réussite de la *Constitution de 1787* est pour certains auteurs de réconcilier les Fédéralistes et leurs opposants en créant une Fédération qui donne d'importants pouvoirs au gouvernement fédéral tout en laissant une grande autonomie aux États, évitant toute forme de centralisation. Voir Ira Straus, « Sovereignty », in Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *ibidem*.

¹⁰⁹⁹ Rémi Barrué-Belou, « Méthodes et enjeux de la démarche comparative : la question de la comparabilité », 8^{ème} congrès français de droit constitutionnel, Nancy, juin 2011, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN4/barrueBelouTD4.pdf>, p. 17.

¹¹⁰⁰ Cour suprême *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. 419 (1793).

¹¹⁰¹ Jean-Philippe Feldman, *op. cit.*, p. 84.

¹¹⁰² Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *ibidem*.

¹¹⁰³ Rémi Barrué-Belou, *idem*, p. 18.

Par la suite, le juge Story, dans la décision *Martin v. Hunter's Lessee*¹¹⁰⁴, considère que la Constitution elle-même limite une partie de la souveraineté des États membres pour la transférer au pouvoir fédéral. Cette limitation de la souveraineté des États est en réalité un transfert de certaines prérogatives.

Trois années plus tard, dans la décision de la Cour suprême *McCulloch v. Maryland*¹¹⁰⁵, le juge Marshall explique que les pouvoirs de souveraineté sont divisés entre le gouvernement de l'Union et les États, et que chacun des deux ordres de gouvernement n'est souverain que pour les compétences dont il a l'attribution.

Ensuite, par l'interprétation de la Constitution, certains amendements et en particulier les X^{ème} et XI^{ème}, vont permettre à la Cour suprême, par leur interprétation, de soutenir le caractère dualiste de la souveraineté¹¹⁰⁶. Le X^{ème} amendement de la Constitution des États-Unis dispose que « *the powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people* »¹¹⁰⁷. Si certains juges de la Cour suprême, comme le juge Brennan vont aller à l'encontre de la conception dualiste de la souveraineté et affirmer que le X^{ème} amendement ne fait que proclamer que le gouvernement fédéral ne dispose que de pouvoirs délégués¹¹⁰⁸, la tendance générale reconnaîtra et soutiendra un dualisme de la souveraineté. L'opinion de la Cour dans la décision *Federal Maritime Commission v. South Carolina State Ports Authority* indique que « *La souveraineté duale est une caractéristique fondamentale du modèle constitutionnel de notre Nation (...). Les États, dès la ratification de la Constitution, n'ont pas consenti à devenir de simples appendices du Gouvernement fédéral. Davantage, ils ont intégré l'Union "en maintenant leur souveraineté intacte"* »¹¹⁰⁹. Le juge Powell soutiendra ainsi que les États détiennent une substantielle portion de souveraineté car la Constitution leur a laissé ces pouvoirs et ne les a pas transférés au gouvernement fédéral¹¹¹⁰. Il ajoutera que les constituants

¹¹⁰⁴ Cour suprême, *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S., 304 (1816).

¹¹⁰⁵ Cour suprême, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

¹¹⁰⁶ Rémi Barrué-Belou, *ibidem*.

¹¹⁰⁷ « *Les pouvoirs qui ne sont pas conférés aux États-Unis par la Constitution ni refusés par elle aux États, appartiennent aux États respectifs, ou au peuple* ».

¹¹⁰⁸ Dans ce sens Cour suprême, *National League of Cities v. W J Usery California*, 426 US (1976) 833. Voir Jean-Philippe Feldman, *idem*, p. 89.

¹¹⁰⁹ (traduit par nous), lecture du juge Thomas de l'opinion de la Cour suprême, *Federal Maritime Commission v. South Carolina State Ports Authority, II*, 535 U.S. 743 (2002).

¹¹¹⁰ Voir Cour suprême, *EEOC v. Wyoming*, 460 U.S. (1983) 226, 269, et *Garcia v. San Antonio Transit Authority*, 469 U.S. (1985) 528, 550.

souhaitaient maintenir un contrepoids au gouvernement fédéral par l'existence d'une sphère de compétences et de souveraineté des États¹¹¹¹. Jean-Philippe Feldman rappelle également que le juge O'Connor défendra l'idée que le fédéralisme implique que le gouvernement fédéral doit respecter les intérêts des États, même si ses lois ont un caractère suprême et que l'autonomie des États est un caractère essentiel du fédéralisme¹¹¹².

De même, et pour aller dans le sens d'une souveraineté des États, le XI^{ème} amendement de la Constitution étasunienne déclare que « *the Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State* »¹¹¹³. Il ressort de cet amendement qu'un État membre des États-Unis ne peut être porté devant une juridiction par un individu d'un autre État étasunien ou par un individu d'un État étranger. L'immunité découlant de cet amendement pour les États composant les États-Unis découle du principe de souveraineté dont chacun est titulaire.

La question de la souveraineté des États membres de la Fédération étasunienne s'est largement posée. Aujourd'hui, la doctrine étasunienne considère que la souveraineté d'un État se mesure à sa capacité suprême d'agir sur son territoire. Ensuite, l'État doit pouvoir montrer une indépendance vis-à-vis d'une autorité extérieure¹¹¹⁴. Ainsi, un État souverain doit être indépendant politiquement et juridiquement¹¹¹⁵. Or, le fait que chaque État membre ait un gouverneur élu par l'ensemble de la population et détenteur du pouvoir exécutif, qu'il existe une assemblée détentrice du pouvoir législatif et que chaque État membre puisse organiser son système judiciaire comme il le souhaite, tout ceci organisé par un texte constitutionnel propre à chaque État, ne peut venir que confirmer la souveraineté des États selon la conception étasunienne.

¹¹¹¹ Cour suprême, *Garcia v. San Antonio Transit Authority*, 469 U.S. (1985) 572.

¹¹¹² *Ibid.*, 582 et 589 Jean-Philippe Feldman, *idem*, p. 90.

¹¹¹³ « *Le pouvoir judiciaire des États-Unis ne sera pas interprété comme s'étendant à tout procès en droit ou en équité entamé ou poursuivi contre l'un des États-Unis par les citoyens d'un autre État, ou par les citoyens d'un État étranger* » (traduit par nous).

¹¹¹⁴ Michael Ross Fowler and Julie Marie Bunck, *Law, Power and the Sovereign State*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 1995, p. 37.

¹¹¹⁵ Martin Wight, *Systems of States*, ed. Hedley Bull, Leicester, Leicester University Press, 1977, p. 30.

2) La conception de la souveraineté au Canada

La conception canadienne est quelque peu différente puisque la souveraineté y est entendue surtout comme l'exercice d'un pouvoir normatif¹¹¹⁶. L'État (fédéral ou provincial) est le titulaire légitime de l'action normative. La professeure Brouillet et les professeurs Tremblay et Brun expliquent que « *c'est en édictant des normes contraignantes que l'État met en œuvre sa souveraineté* »¹¹¹⁷. L'exercice du pouvoir législatif et normatif au niveau central, permettant l'expression de la souveraineté, « *n'empêche pas les membres de la fédération de participer à la législation fédérale* »¹¹¹⁸. Ainsi, que ce soit par leur électorat ou par leurs organes représentatifs, les membres de la Fédération forment une partie des organes législatifs centraux. De plus, lorsque l'État exerce des activités non-normatives, comme la gestion des biens publics, il n'exerce pas sa souveraineté¹¹¹⁹.

La souveraineté des entités fédérées est un point largement revendiqué dans des Fédérations comme le Canada. Ce problème est notamment abordé sous l'angle du pouvoir de conclure des traités pour les provinces. Pour certains auteurs canadiens, la *Loi constitutionnelle de 1867*, du fait de l'instauration d'une Fédération et pas d'un État unitaire, confie aux provinces une partie des pouvoirs extérieurs et ne délègue pas l'ensemble des compétences au gouvernement fédéral¹¹²⁰. Il semblerait même que rien n'empêche les provinces de signer des accords avec des pays étrangers. Hugo Cyr montre dans un ouvrage intitulé *Canadian Federalism and Treaty Powers*¹¹²¹ que la jurisprudence et les textes constitutionnels canadiens ne donnent pas au gouvernement fédéral le pouvoir total et exclusif de signer des traités. Trois provinces ont avancé un certain nombre d'arguments juridiques, notamment dans l'affaire dite *des conventions de travail*¹¹²².

Dans cette affaire, l'Ontario a fait reposer son argumentation sur l'article 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il se basait sur l'égalité de statut constitutionnel et le

¹¹¹⁶ Rémi Barrué-Belou, *ibidem*.

¹¹¹⁷ Henri Brun, Guy Tremblay, Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Yvon Blais, 2008, p. 74. Henri Brun, Guy Tremblay, Eugénie Brouillet, *op. cit.*, p. 407.

¹¹¹⁹ Rémi Barrué-Belou, *ibidem*.

¹¹²⁰ Rémi Barrué-Belou, *ibidem*.

¹¹²¹ Hugo Cyr, *Canadian Federalism and Treaty Powers*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2009, 305 p.

¹¹²² Comité judiciaire du Conseil privé, *Canada (A.G.) v. Ontario (A.G.)*, (1937), A.C., 326.

parallélisme des pouvoirs entre les provinces et le *Dominion*¹¹²³. Selon le Comité judiciaire du Conseil privé, l'autorité compétente pour signer un traité est le Roi (d'Angleterre) ou une autorité qui aurait reçu délégation du Roi¹¹²⁴. De plus, rien n'indique, dans l'*Acte d'Amérique du Nord britannique*, que les affaires étrangères soient de la compétence du gouvernement du *Dominion*¹¹²⁵. De surcroît, lorsqu'un traité envisage une matière de compétence provinciale, le Roi devrait demander l'avis de son conseiller provincial et non fédéral¹¹²⁶. La province étant souveraine, dans la même mesure que le *Dominion* dans sa sphère de compétences, l'Ontario revendiquait ici le droit de conclure des accords avec un État étranger¹¹²⁷.

Dans cette même affaire, le Nouveau Brunswick va, lui aussi, remettre en cause le seul droit du *Dominion* de conclure des Traités en se basant également sur l'article 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il va soutenir que le Procureur général du Canada (le ministre de la justice) doit démontrer que le *Dominion* a la capacité de créer des obligations envers les provinces à la suite de la signature d'un traité et que le Parlement fédéral a le pouvoir d'exécuter ces obligations. Pour le Nouveau Brunswick, le *Dominion* ne pouvait prouver ces deux éléments. Selon lui, le fait que le *Dominion* envisage seul la signature des engagements avec d'autres pays étrangers et que cela engage les provinces, provient du fait qu'originellement, le pouvoir de signer un traité et le pouvoir de le faire exécuter appartenaient à la même personne¹¹²⁸. Or, ces deux pouvoirs sont aujourd'hui différenciés et appartiennent à des entités séparées. Le Conseil privé refusa de statuer sur l'existence ou non du pouvoir exclusif de l'exécutif fédéral de ratifier des conventions. Ce qui laissa cette question volontairement en suspens. Il conclut toutefois clairement que le pouvoir d'incorporer en droit interne le contenu des traités signés est partagé entre le Parlement fédéral et les parlements provinciaux en fonction de la matière visée par ceux-ci. Cette décision fut très rapidement oubliée, mais revient aujourd'hui à l'ordre du

¹¹²³ Rémi Barrué-Belou, *ibidem*.

¹¹²⁴ Comité judiciaire du Conseil privé, *Canada (A.G.) v. Ontario (A.G.)*, (1937), dite affaire des conventions de travail, 333. Voir Hugo Cyr, *Canadian Federalism and Treaty Powers*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2009, p. 72.

¹¹²⁵ Affaire des conventions de travail, *Canada (A.G.) v. Ontario (A.G.)*, (1937), 340.

¹¹²⁶ *idem*, 333 et 340.

¹¹²⁷ *Ibidem*.

¹¹²⁸ Rémi Barrué-Belou, « Méthodes et enjeux de la démarche comparative : la question de la comparabilité », 8^{ème} congrès français de droit constitutionnel, Nancy, juin 2011, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN4/barrueBelouTD4.pdf>, p. 18.

jour, par les revendications de provinces souhaitant faire valoir leur droit de signer des accords.

Hugo Cyr considère donc que l'argument juridique consistant à laisser à la seule compétence du gouvernement fédéral le pouvoir de signer des traités souffre de faiblesses¹¹²⁹. Il met en avant quatre arguments pour étayer sa thèse, et explique en quoi le fédéral n'a pas le pouvoir général et exclusif de signer des traités.

Premièrement, il prend pour exemple les Lettres Patentes constituant la charge de Gouverneur général du Canada de 1947. Ce document, qui définit les fonctions du Gouverneur général, autorise ce dernier à exercer tous les pouvoirs juridiquement reconnus au Roi (d'Angleterre) relativement au Canada¹¹³⁰. Cela semble donner à ce dernier le pouvoir de signer des traités en toutes matières, mais plusieurs arguments ont démontré que ce n'était pas le cas. Selon Hugo Cyr, Gibran van Ert a montré que le « *Canada* » auquel il est fait référence dans les Lettres Patentes ne désigne pas forcément le fédéral et les provinces. Le droit constitutionnel canadien ne désigne pas l'union du fédéral et des provinces quand le mot « *Canada* » est utilisé, mais simplement l'entité fédérale. Il prend l'exemple de la section 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui traite « *des lois du Canada* » et qui désigne – et cela ne souffre pas de contradiction – les lois fédérales, par opposition aux lois provinciales¹¹³¹. De même, dans la *Reference Re Senate Reform*, il est expliqué que « *the word “Canada” as used in section 91(1) does not refer to Canada as a geographical unit but refers to the juristic federal unit* »¹¹³². Cela exclut donc les provinces et par là même, le fait d'imposer cette règle aux entités provinciales¹¹³³. Cela n'empêche donc pas les provinces de signer des engagements internationaux.

Il en est de même pour les prérogatives de la Couronne, c'est-à-dire le droit issu de la pratique anglaise et des coutumes, qui pourraient constituer le fondement du droit de signer des traités pour le gouvernement fédéral, ou même les conventions

¹¹²⁹ Rémi Barrué-Belou, *ibidem*.

¹¹³⁰ « *Exercise all powers and authorities lawfully belonging to Us [the King] in respect of Canada* », Letters Patent constituting the Office of the Governor General of Canada, R.S.C. 1985, Appendix II, n°31, §2.

¹¹³¹ Voir par exemple l'affaire *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific*, (1977) 2 S.C.R. 1054 à 1066; ou *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, (1977), 2 S.C.R., 654. Pour une explication de ces décisions, voir Hugo Cyr, *idem*, p. 105.

¹¹³² « *le mot “Canada” tel qu'employé dans la section 91(1) ne fait pas référence au Canada en tant qu'unité géographique mais à l'entité juridique fédérale* » (traduit par nous).

¹¹³³ Rémi Barrué-Belou, *ibidem*.

constitutionnelles et l'usage de la Constitution¹¹³⁴. Toutefois, aucun élément ne permet de donner cette compétence au gouvernement fédéral.

Hugo Cyr constate également que les règles et les conventions internationales ne permettent pas de déterminer la compétence du fédéral et encore moins l'incompétence des provinces de signer des traités dans leurs domaines de compétence, dans le cadre d'un système fédératif. Il démontre que des États membres de Fédérations, comme les régions et communautés belges ou les provinces argentines, ont la capacité de signer des traités.

Il semble donc bien exister une souveraineté des provinces au Canada, en ce qui concerne le droit de conclure et de signer des traités dans les matières confiées par la Constitution à leur compétence exclusive.

Alors, pour aller dans le sens d'une justification de l'existence d'une souveraineté divisible, nous reprendrons les conclusions d'Alain Laquièze¹¹³⁵, pour lequel il existe deux principales critiques de la souveraineté dont une qui nous intéresse ici, en particulier. Cette critique est juridique et remet en cause, selon nous, le bien fondé de la nature indivisible de la souveraineté. Le caractère indivisible et suprême de la souveraineté semble avoir été largement altéré par les évolutions contemporaines du fonctionnement et des relations des États¹¹³⁶. Les exemples sont légion et dans divers domaines : les centres de décision sont de plus en plus nombreux, la négociation remplace dans des cas toujours plus nombreux la contrainte unilatérale, le droit de battre monnaie ou de contrôler les flux migratoires aux frontières est largement limité dans certains États... Il semblerait donc que la théorie de la souveraineté ne corresponde plus aujourd'hui qu'à un type d'État appartenant au passé.

Une conception de la divisibilité de la souveraineté a donc été largement défendue dès l'origine des États-Unis, et continue encore d'être soutenue aujourd'hui, notamment dans une vision anglo-saxonne de la souveraineté. Les conceptions particulières de l'État et donc de la souveraineté montrent bien que la conception européen-continentale ne peut

¹¹³⁴ Que l'on pourrait rapprocher des *conventions de la Constitution* en France.

¹¹³⁵ Alain Laquièze, « La critique de la souveraineté par les libéraux anglo-saxons », Dominique Maillard Desgrées du Loû (sous la dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Actes de colloque, Paris, Montchrestien, 2006, p. 173.

¹¹³⁶ Rémi Barrué-Belou, *idem*, p. 19.

être applicable aux systèmes nord-américains. Tentons de voir maintenant comment cette souveraineté peut être partagée, en particulier dans le cadre fédératif.

§2 La souveraineté dans le cadre fédératif : le partage de l'exercice

La théorie de la souveraineté développée par Bodin au XVI^{ème} siècle avait pour objectif de trouver une conciliation entre les forces religieuses et de maintenir le roi dans une situation de légitimité. La souveraineté y était entendue alors comme un pouvoir absolu et légitime. La notion de souveraineté telle que retenue par le courant de pensée européen dès le XVI^{ème} siècle, et donc par rapport à l'idée d'État-nation, manifeste une contradiction, voire une antinomie certaine avec l'idée fédérative. La logique fédérative, fait coexister au sein d'un même cadre juridique plusieurs entités juridiquement autonomes dont les domaines de compétences sont partagés entre le cadre fédéral et les membres de cet ensemble. Cela est en opposition totale avec l'idée de souveraineté résultant de l'État-nation (A). Cela conduit à évincer toutes les thèses envisageant cette compatibilité (B).

A) L'incompatibilité entre le fédéralisme et la conception *européano-continentale* de la souveraineté

Avec Olivier Beaud, nous considérons que la question de la souveraineté est un problème essentiel dans la théorisation du fédéralisme¹¹³⁷ car c'est une notion qui a été élaborée dans la philosophie de l'État unitaire et donc en grand décalage avec la forme fédérative. Si la difficulté d'aborder cette notion sous l'angle de la Fédération se pose pour le juriste ou le politiste ayant construit son raisonnement dans la culture de droit romain, et donc adoptant une conception *européano-continentale* de la souveraineté, elle se pose également pour les chercheurs originaires de systèmes de *common law*. C'est la raison pour laquelle les auteurs anglais ou étasuniens parlent davantage d' « *ordres de gouvernement* » (*levels of government*) que d'États (*state*). La dualité de pouvoir que l'on trouve au niveau fédéral et aux niveaux fédérés empêche toute intégration du concept de souveraineté, tel qu'entendu par les juristes de droit romain, à la pensée fédérative.

¹¹³⁷ Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, 2^{de} éd., Paris, P.U.F., 2009, p. 39 et s.

Cette difficulté de conciliation entre souveraineté et fédéralisme se posa dans des termes quasiment identiques à Bodin lorsqu'il étudia la Confédération helvétique dans son travail sur la souveraineté dans les Six Livres de la République. Pour lui, les cantons suisses sont indépendants et souverains puisqu'« *il est bien certain qu'ils ont treize Républiques, qui ne tiennent rien l'une de l'autre, ainsi chacune a sa souveraineté divisée des autres* »¹¹³⁸. Bodin reconnaît que si les cantons suisses sont indépendants et souverains, ils sont aussi liés ensemble dans une entité: la Confédération. En effet, si les cantons peuvent conclure des traités entre eux, c'est à la Confédération que revient le pouvoir de conclure des traités internationaux, pouvoir dont sont dépourvus les cantons. Or, la souveraineté externe est un attribut fondamental de la souveraineté, comme cela est majoritairement reconnu, et pas seulement par les internationalistes.

Le concept de souveraineté tel que développé par Bodin est donc manifestement incompatible avec le concept de fédéralisme. Sa conception unitaire de l'État n'envisage et ne conçoit pas l'association d'États telle qu'elle existe dans la Fédération.

En effet, selon la conception européen-continentale, la souveraineté est entendue comme un pouvoir suprême, unique et indivisible. Ce pouvoir s'exerce sur une population, dans les limites d'un territoire donné et est détenu par le peuple qui en a transmis l'exercice à l'État. Ainsi, comme le pense Olivier Beaud, « *on ne peut pas comprendre et décrire la Fédération si l'on part d'un modèle conceptuel étatique* »¹¹³⁹. Or, le problème posé par le fédéralisme est on ne peut plus clair : il existe deux niveaux de pouvoir – celui de la fédération et celui des États membres – et il existe plusieurs peuples, voire plusieurs territoires.

Cette difficulté, voire opposition, posée par la compréhension de la notion de souveraineté dans une perspective fédérative, peut être formulée par ce que Michel Mouskhéli nomme « *le dilemme de Calhoun* »¹¹⁴⁰. L'homme politique et penseur étasunien John C. Calhoun fut l'un des grands penseurs de la Fédération étasunienne. Il

¹¹³⁸ Jean Bodin, *Six Livres de la République*, Lyon, Gabriel Cartier, 1588, Livre I^{er}, chapitre VII, p. 110.

¹¹³⁹ Olivier Beaud, *op. cit.*, p. 63.

¹¹⁴⁰ Michel Mouskhéli, *La théorie juridique de l'État fédéral*, Paris, Pédone, 1930, p. 111, cité par Olivier Beaud, *idem.*, p. 44.

souligne l'antinomie de la souveraineté et du fédéralisme¹¹⁴¹. Cela doit être expliqué par le fait qu'il était un fervent défenseur de l'autonomie des États et le refus d'abandon de leur souveraineté au gouvernement fédéral. Dans cette perspective, seules deux solutions sont envisageables par la doctrine pour sortir de cette aporie qu'est la souveraineté envisagée dans un système fédératif : les souverainetés appartenant à chaque État membre sont maintenues en l'état et le groupement créé sera alors une confédération, soit un nouvel État est créé, doté d'un pouvoir délégué par les États membres qui voient ainsi leur souveraineté réduite.

Il ressort donc de la plupart des études réalisées sur le rapport entre souveraineté et fédéralisme qu'une coexistence des deux notions est impossible car elles sont incompatibles.

La souveraineté a été pensée, élaborée et construite dans un environnement particulier, celui de la monarchie absolue. Cette notion s'est construite dans le cadre de l'État unitaire, dont la majorité des pays avait adopté la forme en Europe. Plusieurs solutions ont été proposées pour sortir de cette aporie.

B) Les justifications de l'inadéquation entre fédéralisme et souveraineté dans une perspective européen-continentale

À la lecture des recherches d'Olivier Beaud sur ce thème, il est possible de cerner quatre thèses principales, qui renvoient à trois positions de principe.

La première consiste à écarter tout bonnement la souveraineté pour comprendre le fédéralisme. Dans cette optique, les défenseurs de cette thèse pensent que le système fédératif n'est pas sur le même plan que l'État unitaire et que ces deux notions ne peuvent être comprises avec les mêmes concepts. Les défenseurs de cette thèse considèrent donc que, pour pouvoir comprendre le fédéralisme, le concept de

¹¹⁴¹ « La souveraineté, attribut essentiel de l'État, est une et indivisible ; par conséquent, dans une association d'États, c'est-à-dire dans un État formé de plusieurs États, elle ne peut appartenir à la fois à l'État central et aux membres ; ou bien elle revient aux membres ou bien à l'État central. Si elle appartient aux membres, nous sommes en présence d'une simple Confédération, qui n'est qu'un lien de droit, un *vinculum juris* de droit public, comme on l'a dit, il n'y a pas de collectivité étatique centrale distincte des membres. Si, au contraire, elle revient à l'État central, il y a simplement un État unitaire, les membres perdent leur souveraineté et, par conséquent, leur caractère d'État aussi. Ce sont les deux seules alternatives possibles (*sic*), aucun compromis, aucun moyen terme n'est réalisable ». Voir Michel Mouskhéli, *ibidem*, cité par Olivier Beaud, *idem*, p. 45.

souveraineté ne doit pas servir à définir l'État. Puisque la souveraineté est un obstacle à la compréhension du fédéralisme, elle doit être mise de côté. C'est ce que pensent les penseurs de l'école allemande tels Georg Jellinek et Laband, ou bien en France, Raymond Carré de Malberg ainsi qu'Olivier Beaud. Carl Friedrich le souligne également en écrivant qu'un système fédératif exclut tout souverain car l'autonomie et la souveraineté sont antinomiques¹¹⁴². Pour les tenants de cette thèse, il faut donc empêcher ces deux notions d'entrer en contact et les dissocier pour comprendre la Fédération, car cette dernière doit être pensée comme un « *ordre politique sans souveraineté* »¹¹⁴³. Dans cette perspective, les États fédérés sont des États non souverains, composantes de l'État fédératif. Pour les tenants de cette thèse, il faut donc empêcher ces deux notions d'entrer en contact et les dissocier pour comprendre la Fédération, car cette dernière doit être pensée comme un « *ordre politique sans souveraineté* »¹¹⁴⁴.

La critique qui peut être faite ici tient au fait de nier tout pouvoir à l'État fédéré en ne le voyant que comme une entité subordonnée à l'État central. Cela conduit à oublier les prérogatives et les facultés qui lui appartiennent, comme la possibilité d'élaborer une constitution organisant ses propres compétences, ou le pouvoir législatif qu'il exerce dans le cadre de compétences qui sont les siennes, par exemple. Cela va également à l'encontre du principe fédératif qui n'envisage pas de subordination des États membres envers le gouvernement fédéral.

La deuxième thèse vise à accorder une grande importance au concept de souveraineté. Dans cette ligne de pensée, dont John C. Calhoun et Max von Seydel¹¹⁴⁵ sont les chefs de file, la seule solution envisageable pour analyser une union d'États réside dans l'association d'États de droit international. Ceux-ci gardent donc leur souveraineté et la formation qui résulte de cette association prend la forme juridique d'une confédération. Dans cette conception, la forme fédérative est exclue, car impossible, puisque les États ne

¹¹⁴² « il n'y a fédéralisme que si une série de communautés politiques coexistent et interagissent entre elles comme des entités autonomes unies dans un ordre commun possédant son autonomie propre. Il ne peut pas y avoir de souverain dans un système fédéral. Dans un tel ordre politique, l'autonomie et la souveraineté s'excluent mutuellement », Carl Friedrich, *Tendances du fédéralisme en théorie et en pratique*, Bruxelles, Institut belge de science politique, 1971, p. 19.

¹¹⁴³ Thierry Chopin, *La République « une et indivisible »*. Les fondements de la Fédération américaine, Paris, Plon, 2002, p. 144.

¹¹⁴⁴ Thierry Chopin, *ibidem*.

¹¹⁴⁵ Juriste allemand (1846-1901).

peuvent perdre leur souveraineté. Il existe néanmoins une altération à cette vision qui consisterait à reconnaître l'existence du système fédératif mais en envisageant les États membres non pas comme de véritables États, mais plutôt comme des collectivités décentralisées, dépourvues de souveraineté. Cela reviendrait à considérer l'État fédératif comme une variante de l'État unitaire, fortement décentralisé. Néanmoins, cette deuxième thèse ne trouve que très peu de recevabilité à nos yeux et ce, pour au moins une raison principale : l'État fédératif ne peut être considéré comme une variante de l'État unitaire, il s'en différencie trop fortement, notamment par les larges pouvoirs et compétences reconnus aux États membres d'une Fédération.

La troisième thèse est une conception de compromis et de modération visant à concevoir une altération de la souveraineté. Celle-ci pourrait être partagée entre l'entité fédérale et les entités fédérées. Différents termes ont été employés pour rendre compte d'une division de la souveraineté, mais l'idée reste la même, c'est-à-dire un fractionnement du pouvoir souverain.

Il nous paraît important de préciser, quant à cette troisième thèse, qu'elle semble envisager la souveraineté seulement d'un point de vue fonctionnel et donc ne penser son partage que par son exercice, son usage, et pas par son attribution. C'est notamment l'idée que soutient Louis Le Fur dans sa célèbre étude *État fédéral et Confédération d'États*¹¹⁴⁶. Les premiers penseurs étasuniens de la Fédération des États-Unis que sont James Madison ou John Marshall avaient adopté cette même logique, en considérant que le détenteur de la souveraineté était le peuple étasunien et que ce dernier l'avait transmise aux autorités gouvernantes. Ainsi, l'exercice de la souveraineté était partagé entre le gouvernement fédéral et les gouvernements des États membres. Cette thèse fut majoritairement admise aux États-Unis, ce qui permit d'écarter simplement le problème de la conciliation de la souveraineté et du système fédératif.

Au-delà de la synthèse éclairante défendue par Olivier Beaud, d'autres auteurs ont développé de manière moins synthétique, mais tout aussi pertinente, la question du rapport entre souveraineté et fédéralisme.

¹¹⁴⁶ Louis Le Fur, *État fédéral et Confédération d'États*, 1896, thèse, Paris, éd. Panthéon-Assas, diff. LGDJ, 2000.

Les théoriciens qui ont travaillé sur la notion de souveraineté, à la suite de Bodin comme Hobbes, Rousseau et Bentham, ont pensé la souveraineté selon les *modèles* étatiques existant à l'époque, mais sans prendre en compte la forme fédérative. Ce choix va conduire à l'impossible adéquation entre la notion de souveraineté, telle qu'entendue par les penseurs européens continentaux et la notion de souveraineté envisagée par les « *fil*s » du fédéralisme. En effet, la notion de souveraineté développée par Bodin et ses successeurs maintient un cadre dans lequel il existe une hiérarchie dans les institutions et où les pouvoirs ne peuvent être partagés du fait de l'existence d'un Pouvoir suprême et souverain. Or, le cas des États-Unis, par exemple, montre bien que le conflit de compétences est possible et qu'un État peut être organisé et ordonné sans organe souverain¹¹⁴⁷. Pourtant, Bodin lui-même admettait déjà que la souveraineté pouvait être limitée, notamment par le droit naturel. Il expliquait : « *si nous disons que celui-ci (l'État) a puissance absolue, qui n'est point sujet aux lois, il ne se trouvera Prince au monde souverain : vu que tous les Princes de la terre sont sujets aux lois de Dieu & de nature & à plusieurs lois humaines communes à tous les peuples* »¹¹⁴⁸.

Et Chantal Delsol de rajouter que : « *Pour Platon, et Bodin en est l'héritier direct, le chef politique est une sorte de chef de famille, qui prévoit tout et subvient à tout (là où Aristote opère un saut qualitatif entre le gouvernant et le père de famille.) Chez Bodin, les gouvernés seront donc incapables de construire un ordre nécessaire sans l'intervention d'une puissance supérieure débonnaire et paternelle* »¹¹⁴⁹.

Cela manifeste donc bien la preuve que cela ne s'applique pas au système fédératif. Le système fédératif place le peuple en décideur dans la formation de la Fédération. Ce sont les peuples qui décident de s'unir et n'ont pas besoin d'un « *père* » pour en décider.

La vision *européano-continentale* de la souveraineté empêche bien toute adéquation entre fédéralisme et souveraineté. Il en est ainsi car la théorisation de la souveraineté par Bodin n'envisage pas autre chose qu'un État unitaire et ensuite, car les caractères de la perspective européenne rejettent tout partage de la souveraineté.

¹¹⁴⁷ Voir Harold J. Laski, *A Grammar of Politics*, London, G. Allen and Unwin, 5th edition, 1967, p. 49.

¹¹⁴⁸ Jean Bodin, *Les Six Livres de la République*, Lyon, Gabriel Cartier, 1588, Livre I^{er}, chapitre VIII, p. 131.

¹¹⁴⁹ Chantal Delsol, « L'Europe de la subsidiarité : souveraineté ou fédéralisme ? », *Les débats de ResPublica*, 9 mars 2005.

Pourtant, et nous l'avons montré, la souveraineté, dans sa conception nord-américaine, conçoit le partage de la souveraineté, et nous pensons que le système juridique et institutionnel européen organise un partage de la souveraineté.

Nous avons, pour notre part, une autre conception qui viendrait compléter la thèse consistant à sortir du « *dilemme de Calhoun* », soutenue par Olicier Beaud. Nous considérons qu'une autre perspective est possible. Celle-ci permettrait de sortir de cette aporie et amènerait à trouver une solution de conciliation entre les deux solutions actuellement envisagées : il faut penser la souveraineté autrement lorsque l'on se place dans le cadre fédératif. En effet, nous considérons et nous l'avons démontré précédemment, qu'il n'existe pas une définition de la souveraineté, mais deux. Une définition que nous qualifions d'européano-continentale qui découle de la conception bodinienne et qui considère que la souveraineté ne peut être divisée. Une autre définition est manifeste. Elle découle d'une vision anglo-saxonne de l'État et de la souveraineté. Dans ce cas, la souveraineté appartenant au peuple et dans cette perspective, il est tout à fait concevable qu'elle puisse être divisée, ou son exercice, du fait de l'existence de plusieurs niveaux de gouvernement ayant chacun un champ de compétences propre. Lorsque plusieurs peuples existent sur un même territoire (cas du fédéralisme), c'est alors au peuple qu'il faut se référer pour désigner le détenteur de la souveraineté.

CONCLUSION

Le concept de souveraineté, lorsqu'il est utilisé, doit impérativement être défini. Ceci en raison de la différence de conception entre la vision européenno-continentale et la vision nord-américaine. Ainsi, le concept de fédéralisme, tel qu'il a évolué et tel qu'il s'est construit dès le XVIII^{ème} siècle sur le continent américain, ne peut être compris par le prisme d'une conception européenno-continentale de la souveraineté. Selon cette perspective découlant des réflexions de Jean Bodin, la souveraineté est une notion qui doit être pensée avec les notions d'autorité et de puissance publique, conduisant ainsi à une impossibilité du partage de celle-ci. Ce qui n'est absolument pas le cas dans la vision anglo-saxonne puis nord-américaine, qui envisagent un partage de la souveraineté dans le cadre fédératif du fait d'un partage du pouvoir législatif. L'origine de la différence de conception se trouve essentiellement dans la conception de l'État qui faisait défaut dans la vision anglo-saxonne, et contre laquelle le peuple s'est construit alors que ce fut l'inverse au niveau européen. Les peuples se sont construits par rapport à l'État qui représentait la puissance publique. La conception européenno-continentale semble, de surcroît, largement remise en cause depuis le développement des relations internationales entre États et les limitations de souveraineté qui en ont résulté, comme c'est le cas pour le cadre de l'Union européenne.

Ceci conduit donc à considérer que selon une vision anglo-saxonne et nord-américaine de la souveraineté, qui ne correspond pas à la conception européenno-continentale, la souveraineté peut être partagée et divisée. Cela se manifeste, par exemple, dans les systèmes fédératifs étasunien, canadien et brésilien, dans lesquels le gouvernement fédéral et les gouvernements des États membres de la Fédération sont tous détenteurs d'une partie de la souveraineté du fait de leurs compétences législatives propres selon les domaines. La souveraineté totale est donc constituée de la somme des souverainetés détenues par l'ordre fédéral et l'ordre fédéré.

Il résulte de ce chapitre la pensée suivante : le fédéralisme ne peut être compris sous l'angle de la souveraineté par une vision européenne (continentale) égocentrée, car la conception de la souveraineté qui est la sienne ne peut envisager un partage de celle-ci. Par contre, la souveraineté est une notion fondamentale dans la logique fédérative car elle fonde la possibilité pour chaque entité (fédérale et fédérées) de détenir un pouvoir législatif propre du fait d'un partage de celui-ci. Ce caractère fondamental la fait donc

entrer dans la **définition** du fédéralisme. La souveraineté, dans sa conception nord-américaine, repose ainsi sur le peuple. Celui-ci l'a transmise aux constituants qui ont opéré une répartition des pouvoirs législatifs dans le texte constitutionnel fondant la Fédération. Ainsi, de la création de la Fédération par les divers États souverains qui ont décidé de s'associer, ressort un véritable caractère commutatif et synallagmatique. Le pacte conclu sera synallagmatique puisque les États souverains et le futur gouvernement fédéral s'engagent réciproquement à respecter les compétences des autres. Il est également commutatif puisque chaque « *partie* » s'engage à faire ou donner l'équivalent de ce que laisse l'autre. Dans le cas de la Fédération, les États s'engagent à donner une partie de leur souveraineté à la fédération et la fédération s'engage à n'agir que dans le cadre des compétences qui lui ont été attribuées sans empiéter sur celles des États et à laisser ces derniers libres d'agir selon leurs législatures dans les domaines qui leur reviennent. En ressort donc un véritable caractère contractuel dans la conception fédérative de la souveraineté.

L'intérêt d'étudier la souveraineté dans cette thèse est double. D'abord, pour montrer que la vision européenne et bodinienne de la souveraineté est une vision parmi d'autres. Ensuite, pour défendre la vision selon laquelle la souveraineté n'est pas divisible ne peut comprendre la logique fédérative, comme l'a montré Olivier Beaud¹¹⁵⁰. De plus, cela permet de comprendre que la divisibilité de la souveraineté dans la vision fédérative ne peut être analysée comme un *modèle* car les conceptions justifiant la division de la souveraineté peuvent être diverses, ainsi que leurs mises en œuvre¹¹⁵¹. Selon certains systèmes fédératifs, la division de la souveraineté repose sur le fait que la souveraineté appartient au peuple et que le peuple étant multiple et appartenant à au moins deux entités (États membres et fédération), celle-ci est partagée entre chaque entité. Selon d'autres systèmes, la souveraineté repose sur le pouvoir constituant. Ainsi, elle est partagée entre les différentes entités qui détiennent ce pouvoir constituant ou qui participent à celui-ci¹¹⁵². Par contre, la souveraineté partagée et divisible peut être vue

¹¹⁵⁰ Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, 2^{de} éd., Paris, PUF, 2009, pp. 39 à 65.

¹¹⁵¹ Voir le chapitre second du titre premier de la première partie.

¹¹⁵² Voir Patrick Taillon, *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple ? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, Paris, Dalloz, 2012, 585 p.

comme un *outil fédératif* car c'est sur la base celle-ci que chaque système fédératif pourra être construit.

Cela vient donc appuyer notre thèse consistant à soutenir qu'il n'existe pas de *modèle fédératif* mais plutôt que chaque Fédération pourra reposer sur des *outils* qui permettront de la bâtir.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

Ce titre premier a souhaité montrer le caractère essentiel du contrat de la logique fédérative. Le fédéralisme est fondé sur la logique contractuelle à de nombreux niveaux. Le fédéralisme repose sur les idées d'alliance, de pacte et de convention. Instrument essentiel de la logique fédérative, le contrat est un *outil fédératif*.

C'est d'abord lors de la formation de la société que se manifeste le caractère contractuel. L'association des diverses communautés lors de la formation de la Fédération recouvre les caractères du contrat et c'est le cas également pour la création du Pacte fédératif fondant les principes de la Fédération. Le Pacte fédératif est un contrat politique et d'union.

Chaque *partie* décide de suivre un but identique en suivant une volonté commune. Il y a donc accord de volontés et production d'obligations pour chaque entité de la Fédération.

C'est ensuite lors de l'organisation de la Fédération par l'aménagement et la distribution de la souveraineté que le caractère contractuel se retrouve. Le fédéralisme ne repose pas sur la conception européo-continentale de la souveraineté, c'est-à-dire la conception bodinienne. Le fédéralisme se base sur la conception althusienne de la souveraineté qui considère que le pouvoir souverain appartient au peuple ou à ses représentants et non à un organe unique. La souveraineté est basée sur « *l'association universelle* »¹¹⁵³ et ne conçoit pas d'unicité de la souveraineté. Chaque entité de la Fédération décide de partager l'exercice de la souveraineté.

L'*outil contractuel* est donc un élément essentiel dans la **définition** du fédéralisme. Le contrat se manifeste de diverses manières et c'est en cela qu'il est un *outil*. Il n'existe pas de *modèle* de création et d'organisation d'une Fédération. Les trois Fédérations américaines ne se sont pas construites sur les mêmes bases. Les raisons, les buts et les *parties* qui ont conduit à la création de chaque Fédération ne sont pas identiques. Toutefois, l'*outil contractuel* est commun aux Fédérations canadienne, étasunienne et brésilienne. Il est donc un aspect fondamental de la logique fédérative.

¹¹⁵³ Gaëlle Demelemestre, *Les deux souverainetés et leur destin – Le tournant Bodin-Althusius*, Paris, Les Editions du CERF, 2011, p. 178.

Titre second

L'application du système de type fédératif : *l'outil dialogique*

Les analyses que nous avons pu faire jusqu'alors nous ont porté à considérer qu'un *modèle fédératif*¹¹⁵⁴ n'existait pas car les organisations politiques et juridiques des Fédérations canadienne, étasunienne et brésilienne ne permettaient pas de faire ressortir un cadre commun. Néanmoins, nous avons constaté que des invariants étaient communs aux trois Fédérations. Ces invariants sont des instruments utilisés par chaque Fédération pour répondre à leurs propres besoins et les adapter à des situations politiques, juridiques, économiques, sociales, religieuses ou culturelles multiples et différentes. Nous avons décidé de qualifier ces invariants d'*outils fédératifs* car ils sont utilisés comme le souhaite chaque Fédération.

Le titre premier de cette seconde partie a mis en évidence l'importance de l'*outil contractuel* au sein de la logique fédérative.

Le titre second va tenter de présenter l'importance d'un autre *outil* : *l'outil dialogique*. La logique de gestion des forces contraires¹¹⁵⁵, propre au fédéralisme, est généralement pensée sous l'angle de la dialectique. Celle-ci permet de trouver un équilibre au sein de chaque Fédération pour permettre de faire coexister les forces antagonistes et diverses. La logique dialectique va, par définition, conduire à trouver un équilibre. Or, nos travaux n'ont jamais permis de constater d'équilibre dans les trois Fédérations américaines. C'est bien plutôt un balancement des forces qui a lieu, donnant l'avantage à une force sur l'autre. Nous essaierons donc dans ce dernier titre, dans notre recherche de **définition** du fédéralisme, de démontrer que la logique fédérative est, par son esprit-même, une logique dialogique et non dialectique. En effet, la dialogique est un perpétuel balancement des forces contradictoires (et finalement complémentaires) qui ne

¹¹⁵⁴ Le modèle est entendu dans ce travail comme un ensemble de traits principaux, transposé dans différents États, s'imposant comme étant la référence. Le modèle repose donc sur l'expérience, l'existence *a priori* d'un modèle déjà construit. Voir la définition posée à la page 21 de l'introduction.

¹¹⁵⁵ Unité/diversité ; centralisation/décentralisation, etc...

trouvera d'équilibre à aucun moment. Ce balancement caractérise la logique du fédéralisme.

Nous prendrons pour exemple dans un premier chapitre la mise en œuvre et la gestion des quatre grands principes régissant chaque Fédération : les principes de séparation, d'autonomie, de coopération et de participation (**chapitre premier**). Nous verrons que ces quatre principes contradictoires mais également complémentaires ne trouvent jamais d'équilibre, mais opèrent un mouvement de balancier, perpétuellement.

Le chapitre second prendra, quant à lui pour exemple le cas des logiques centrifuge et centripète dans les Fédérations, c'est-à-dire les logiques de centralisation et de décentralisation (**chapitre second**) qui se relaient l'une après l'autre, selon des cycles d'alternance.

Chapitre premier

La logique d'équilibre inatteignable des principes essentiels du fédéralisme

Chapitre second

Le fédéralisme ou l'impossible démarche dialectique d'une recherche perpétuelle d'équilibre : la solution de la dialogique

Le fédéralisme est une lutte de groupes sociaux, un « *combat entre les tendances oppressives et les tendances émancipatrices (...) entre la pesanteur et la grâce* »¹¹⁵⁶.

CHAPITRE PREMIER

L'ÉQUILIBRE INATTEIGNABLE DES PRINCIPES ESSENTIELS DU FÉDÉRALISME

Une Fédération repose sur quatre grands principes : les principes de séparation, d'autonomie, de participation et de coopération. Le principe de séparation consiste en la répartition des compétences législatives entre deux ou plusieurs ordres de gouvernement selon les matières dévolues à chacun. Le principe d'autonomie signifie, quant à lui, que chaque ordre de gouvernement reste autonome dans son domaine de compétences. Il ne doit donc exister aucun contrôle hiérarchique de la part d'une autre entité et aucun ordre de gouvernement ne doit avoir un statut supérieur à l'autre¹¹⁵⁷. Seul un pouvoir judiciaire indépendant a la possibilité d'exercer un contrôle juridictionnel en matière de constitutionnalité ou de légalité des décisions. Le principe de participation permet aux entités fédérées d'être représentées au niveau fédéral et de participer aux décisions fédérales. Enfin, le principe de coopération doit s'entendre à deux niveaux : d'un point de vue vertical, impliquant une coopération entre l'entité fédérale et les entités fédérées, et d'un point de vue horizontal, envisageant la coopération entre les entités fédérées.

Ces quatre principes sont essentiels et fondamentaux dans la logique fédérative, car ils sont à la fois opposés et complémentaires. Opposés, car conduisant à des effets contraires, mais également complémentaires, car répondant à la recherche d'équilibre

¹¹⁵⁶ Simone Weil, citée par Alexandre Marc, « Les quatre sources du fédéralisme » préface à l'ouvrage de Bernard Voyenne, *Histoire de l'idée fédéraliste – Les sources*, tome 1, Paris, Presses d'Europe, 1976, p. 7.

¹¹⁵⁷ Olivier Beaud, « La Fédération entre l'État et l'Empire », in Bruno Théret, *L'État, la finance et le social : souveraineté nationale et construction européenne*, Paris, La Découverte, 1995, p. 296.

propre à l'idée fédérative¹¹⁵⁸. Il conviendra, tout au long de ce chapitre, d'étudier leur signification, leurs conceptions dans les trois Fédérations américaines prises pour objet d'étude et leurs manifestations diverses.

Pour continuer dans notre démarche de **définition** du fédéralisme, nous allons montrer dans ce chapitre que les quatre principes de séparation, d'autonomie, de participation et de coopération font partie de logique fédérative et que leurs mises en œuvre dans les trois Fédérations américaines, manifestement différentes, suivent un mouvement de balancier et qu'aucun équilibre n'est jamais trouvé. Ils sont en cela des *outils fédératifs*. Au contraire, ces principes sont tantôt respectés, tantôt bafoués.

Une première section visera donc à montrer comment la recherche d'équilibre pourra se réaliser du fait de la coexistence des principes d'autonomie, de séparation et de participation et si ces principes sont respectés (**section 1**) et une seconde section aura pour objectif d'ajouter à l'étude de ces trois principes celle de la coopération et de montrer en quoi ce principe est en lui-même, une recherche d'équilibre jamais atteint car souvent mis à mal (**section 2**).

Section 1 La recherche d'équilibre dans la coexistence des principes d'autonomie, de séparation et de participation : un objectif vain ?

L'une des façons de chercher une forme d'équilibre dans la Fédération est le respect de la liberté des États membres et de l'autorité de l'État fédéral. Il faut donc veiller à ce que deux principes soient protégés : le principe d'autonomie et le principe de participation.

Le premier consiste à ce que les États membres conservent l'organisation interne souhaitée par leurs citoyens et puissent élaborer les règles propres aux domaines de compétence qui leur reviennent. Le second permet aux entités de collaborer à la formation des organes de l'État fédéral et ainsi de participer au choix des règles adoptées par lui.

Cette première section tentera de démontrer que les principes d'autonomie et de séparation sont des principes fondamentaux et originaires dans la logique fédérative et

¹¹⁵⁸ Georges Scelle, *Précis de droit des gens*, 1^{ère} partie, Paris, Sirey, 1932, p. 188.

donc dans la définition du fédéralisme (§1) puis que le principe de participation représente un principe nécessaire, notamment par la participation des États à la deuxième Chambre fédérale (§2).

§ 1 L'autonomie et la séparation, principes premiers et originaires dans la logique fédérative

La particularité et l'intérêt du fédéralisme consistent à aller vers l'union et pas nécessairement l'unité et encore moins l'unification¹¹⁵⁹. Le fédéralisme permet de maintenir la liberté des différents groupes qui composent l'ensemble et qui reposent sur cette liberté pour fonder l'autorité du pouvoir fédéral.

Le principe d'autonomie permet à chaque entité fédérée d'avoir une forme d'autonomie gouvernementale en ce qui concerne les domaines intérieurs dont ils ont la compétence, selon la répartition faite par le Pacte fédératif, la plupart du temps¹¹⁶⁰. Il en résulte que chaque entité fédérée a sa propre législation et son propre système juridictionnel. La notion d'autonomie est un phénomène lié à la forme d'organisation de l'État et à sa répartition des pouvoirs. Il peut varier dans le temps et l'espace et avoir des connotations diverses selon les cas, les contextes et les périodes. L'autonomie peut être entendue comme la capacité des entités fédérées de décider librement dans un ordre juridique propre, d'organiser les compétences des trois types de pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire) et d'exercer toutes les attributions conférées par le texte constitutionnel¹¹⁶¹. À travers la participation, les entités fédérées peuvent prendre part au processus de rédaction des décisions de la Fédération. La participation trouve donc son sens le plus profond dans la contribution au processus législatif et ceci par le biais de la seconde Chambre, permettant la représentation des États membres de la Fédération. Cela sera étudié dans le paragraphe second de cette section.

Chacun de ces deux principes propres au fédéralisme sera donc étudié ici et nous verrons dans un premier temps la reconnaissance du principe d'autonomie dans la Fédération brésilienne (A). L'autonomie moins importante des provinces canadiennes

¹¹⁵⁹ Le fédéralisme a pour objectif fondamental d'associer des entités qui souhaitent garder leurs spécificités. Voir par exemple Henri Brugmans, *La pensée politique du fédéralisme*, A.W. Sijthoff Uitgerversmaatschappij, N. V., 1969, p. 35 ; ou Edward Freeman, *History of Federal Government in Greece and Italy*, 2d ed., London, McMillan, 1893, p. 13.

¹¹⁶⁰ Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris, P.U.F., 2009, pp. 185-186.

¹¹⁶¹ Eugénie Brouillet, *La négation de la nation*, Québec, Les Éditions du Septentrion, 2005, pp. 82-83.

vis-à-vis des États de la Fédération étasunienne seront analysées ensuite (B), pour traiter enfin du principe de séparation dans les trois Fédérations américaines (C).

A) La reconnaissance du principe d'autonomie dans la Fédération brésilienne

La *Constitution fédérative brésilienne de 1988* reconnaît l'autonomie des entités de la Fédération brésilienne (1). Des limites ont toujours été établies concernant cette autonomie dans les Constitutions précédentes, mais la reconnaissance du statut des entités brésiennes est allée en s'améliorant (2).

1) L'autonomie reconnue aux entités de la Fédération brésilienne

L'autonomie peut être définie comme le pouvoir d'auto-détermination « *exercé de manière indépendante à l'intérieur de limites tracées par la loi étatique supérieure* »¹¹⁶². Ainsi, le premier élément de cette autonomie est, pour Anna Cândida da Cunha Ferraz, l'« *auto-organisation* »¹¹⁶³. Cette logique d'auto-organisation est caractéristique de la Fédération brésilienne.

La *Constitution fédérative de 1988* reconnaît une véritable autonomie aux États, ainsi qu'aux communes¹¹⁶⁴ (ou municipalités) qualifiées d'entités de base de la Fédération. L'article 25 vient compléter l'article 18 en permettant aux États d'avoir leur propre constitution : « *Les États s'organisent et sont régis par les Constitutions et les lois qu'ils adoptent, dans le respect des principes de la présente Constitution* ». Le titre III de la *Constitution fédérative de 1988* traite « *De l'organisation de l'État* » dans lequel sont identifiées les compétences de chaque instance de la Fédération. Les compétences exclusives d'exécution de l'Union¹¹⁶⁵ sont précisées à l'article 21 et les compétences législatives à l'article 22. En ce qui concerne les compétences partagées d'exécution, c'est l'article 23 qui se charge de les délimiter.

¹¹⁶² Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 7a ed., Pádua, CEDAM, v.2, p. 694, cité par Manoel Gonçalves Ferreira Filho, « O Estado Federal Brasileiro à Luz da Constituição de 1988 », *Revista da faculdade de direito*, Universidade de São Paulo, 1991, vol.86, p.118.

¹¹⁶³ Anna Cândida da Cunha Ferraz, « Poder Constituinte do Estado-membro », *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1979, p. 53.

¹¹⁶⁴ Les communes sont des entités formant des concentrations urbaines ayant un siège administratif. Les communes exercent un pouvoir législatif et un pouvoir exécutif. Elles bénéficient d'un statut de membre de la Fédération, ce qui leur confère une véritable autonomie.

¹¹⁶⁵ Rappelons que l'Union désigne le gouvernement fédéral.

Les trois entités de la Fédération détiennent plusieurs types de pouvoir.

L'Union est compétente dans les domaines liés à la souveraineté de la fédération brésilienne et dans les champs des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, relevant de sa compétence¹¹⁶⁶.

Les États fédérés exercent également les trois pouvoirs et ceci dans l'intérêt régional¹¹⁶⁷. Le pouvoir exécutif est détenu par le gouverneur qui est élu par le peuple¹¹⁶⁸. Il conduit la politique de l'État dans son ensemble et n'est aucunement subordonné à la politique de l'Union. Le pouvoir législatif appartient à une assemblée composée de députés, élus eux aussi par le peuple. Cette assemblée unicamérale peut légiférer dans tous les domaines, hormis ceux qui sont de compétence d'une autre entité¹¹⁶⁹. Les États organisent aussi leur propre système judiciaire d'après leur constitution et disposent d'une compétence fiscale leur permettant d'assurer leur autonomie financière¹¹⁷⁰. Les domaines dans lesquels les États peuvent lever des impôts sont notamment prévus à l'article 155 de la *Constitution fédérative de 1988*. Ils peuvent créer des taxes dans certains domaines¹¹⁷¹ et reçoivent une partie des recettes des impôts perçus par l'entité fédérale.

Les municipalités, quant à elles, jouissent d'un pouvoir législatif leur permettant d'établir des lois dans leurs domaines de compétence. Elles détiennent un pouvoir exécutif visant leur mise en place ainsi que des compétences fiscales leur assurant, une véritable autonomie¹¹⁷². Les municipalités peuvent instituer leurs propres impôts dans des domaines précis. L'autonomie des entités de la Fédération est assurée par plusieurs éléments. D'abord, elles bénéficient d'une capacité d'auto-organisation puisque les États ont chacun une Constitution, selon la *Constitution fédérative de 1988*¹¹⁷³ et les

¹¹⁶⁶ Celina Souza, « Federal Republic of Brazil », in John Kincaid et Alan Tarr, *A Global Dialogue on Federalism - Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Montréal & Kingston, McGill – Queen's University Press, 2005, p. 84.

¹¹⁶⁷ Voir Lise Tupiassu, « Le droit constitutionnel : les institutions politiques », in Domingos Paiva de Almeida, *Introduction au droit brésilien*, Paris, l'Harmattan, 2007, p. 22.

¹¹⁶⁸ Voir David Samuels et Fernando Luiz Abrucio, « Federalism and Democratic Transition : The "New" Politics of the Governors in Brazil », *The Journal of Federalism*, 30 :2, Spring 2000, pp. 43 – 61.

¹¹⁶⁹ L'article 25 de la *Constitution fédérative de 1988* prévoit les champs dans lesquels les législatures fédérées ne peuvent agir.

¹¹⁷⁰ Lise Tupiassu, *op. cit.*, pp. 22 et 23.

¹¹⁷¹ Article 145 de la *Constitution fédérative de 1988* et pour plus de précisions, voir notre chapitre 1 du titre 2 de la première partie relatif aux aménagements divergents des compétences financières des ordres de gouvernement.

¹¹⁷² Lise Tupiassu, *idem*, p. 23.

¹¹⁷³ Article 25 de la *Constitution fédérative de 1988*.

municipalités s'organisent par des lois organiques¹¹⁷⁴. L'autonomie de ces entités est d'autant plus renforcée qu'elles élisent, par le peuple, les membres de leur exécutif ainsi que de leur législatif, qui ne subissent aucune subordination à l'Union. Les municipalités vont se voir reconnaître un statut très favorable par la *Constitution fédérative de 1988*. Elles peuvent prendre tout type d'acte dans leur domaine de compétence, qui ne sont soumis à aucun contrôle. Elles détiennent un pouvoir législatif, exercé par le conseil municipal qui agit dans les affaires d'intérêt local, et un pouvoir exécutif détenu par le maire¹¹⁷⁵. Elles ne détiennent toutefois pas de pouvoir judiciaire. D'un point de vue fiscal et financier, les communes jouissent d'une certaine autonomie puisqu'elles peuvent créer des impôts¹¹⁷⁶ ou des taxes¹¹⁷⁷ et perçoivent une part des recettes fédérales et des États¹¹⁷⁸.

2) Les limites à l'autonomie des entités brésiliennes

Malgré une intervention de l'entité fédérale dans les États dès la Constitution de 1891, les Constitutions suivantes réduisirent les possibilités d'intervention (a) et la *Constitution fédérative de 1988* amena une plus grande décentralisation et une autonomie plus importante des États (b).

a) L'évolution de la conception de l'autonomie des États dans la Fédération brésilienne

La *Constitution du 24 février 1891* envisagea une intervention de l'entité fédérale dans les États membres pour des cas limités et exceptionnels¹¹⁷⁹. Cependant, l'évolution de la Fédération conduisit à une extension des champs d'intervention et l'on passa des cas prévus par le texte constitutionnel à des cas nouveaux d'intervention du fait de l'attitude interventionniste de la première République. Les Constitutions suivantes¹¹⁸⁰ modifièrent cette tendance en réduisant les possibilités d'intervention fédérale¹¹⁸¹. Des cas d'intervention furent pourtant très tôt envisagés, comme l'intervention fédérale pour

¹¹⁷⁴ Article 29 de la *Constitution fédérative de 1988*.

¹¹⁷⁵ Lise Tupiassu, *ibidem*.

¹¹⁷⁶ Article 156 de la *Constitution fédérative de 1988*.

¹¹⁷⁷ Article 145 de la *Constitution fédérative de 1988*.

¹¹⁷⁸ Articles 158 et 159 de la *Constitution fédérative de 1988*.

¹¹⁷⁹ Voir Raul Machado Horta, « Tendências do federalismo brasileiro », *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n°28, janeiro de 1970, p. 10.

¹¹⁸⁰ Les Constitutions de 1934, 1946 et 1967.

¹¹⁸¹ Raul Machado Horta, « Reconstrução do Federalismo Brasileiro », *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Janeiro de 1982, n°54, p. 64.

réorganiser les finances d'un État membre¹¹⁸², le rétablissement de l'ordre public ou le respect de la loi fédérale. Depuis la *Constitution de 1891*¹¹⁸³, l'autonomie des États membres présuppose la capacité d'auto-organisation et ce, par la création de la Constitution étatique et des lois qui construiront l'ordre juridique de l'État membre¹¹⁸⁴. Toutefois, cette autonomie ne doit pas nuire au fait que les États doivent avoir une autonomie limitée par les principes assurant la primauté de l'Union dans ses champs de compétence. Ainsi, le pouvoir constituant des États membres est toujours un pouvoir constituant dérivé qui voit ses limites et ses compétences définies par la Constitution fédérative¹¹⁸⁵. Les normes mises en place par la Constitution fédérative conditionnent le champ d'activité du constituant étatique en délimitant son champ d'autonomie. À titre d'exemple, la *Constitution de 1891* et les constitutions suivantes ont toujours envisagé la supériorité des normes constitutionnelles fédérales sur les normes constitutionnelles étatiques. Cette technique de limitation et de contrôle a varié selon les époques, puisque le Brésil est passé d'un contenu indéterminé avec la *Constitution de 1891* à des règles larges et expansives avec les *Constitutions de 1967* et *de 1988* et leurs amendements¹¹⁸⁶. Cela a eu pour conséquence de transformer la Constitution fédérative en Constitution « totale »¹¹⁸⁷, paralysant le pouvoir constituant étatique du fait d'une uniformisation des ordres des États. La tendance à l'uniformisation et à la centralisation conféra aux règles du processus législatif dans la Constitution fédérative, une portée obligatoire pour les principes constitutionnels des États. Cela valut aussi pour les règles fiscales et financières des États, la fonction publique et pour l'élaboration de l'ordonnancement juridique, plus généralement.

La baisse de l'autonomie des États membres provint, notamment de l'accaparement par l'Union de compétences fiscales des États. Plusieurs exemples illustrent cela : la création d'impôts étatiques par le Président de la République, faisant de celui-ci le titulaire de l'initiative normative fédérale, ou encore le pouvoir de fixer le taux

¹¹⁸² Articles 12-VI de la *Constitution de 1934* et 7°-VII de la *Constitution de 1946*.

¹¹⁸³ Article 63 de la *Constitution de 1891*.

¹¹⁸⁴ Rappelons que chaque État membre est organisé selon sa propre constitution.

¹¹⁸⁵ Raul Machado Horta, *idem*, p. 66.

¹¹⁸⁶ Article 10-VII, alinéas « a » à « g » et l'article 13-I à IX.

¹¹⁸⁷ Raul Machado Horta, *ibidem*.

maximum d'imposition étatique sur la circulation de marchandises concernant les opérations internes, interétatiques et d'exportation¹¹⁸⁸.

b) L'autonomie reconnue dans la Constitution brésilienne de 1988

Malgré le fait que l'Union garde de forts pouvoirs, la *Constitution fédérative de 1988* a amené une plus grande décentralisation du pouvoir et une plus importante autonomie des États. Le pouvoir d'autonomie des États membres provient du pouvoir originaire, détenu par la nation¹¹⁸⁹. La garantie constitutionnelle de l'autonomie des États est assurée par l'article 18. Celui-ci indique que « *(l)'organisation politico-administrative de la République Fédérative du Brésil comprend l'Union, les États, le District fédéral et les communes, tous autonomes, selon les termes de la présente Constitution* ». Cette autonomie permet de s'organiser selon la volonté de chaque État, chacun disposant de la personnalité juridique et d'un gouvernement propre lui permettant d'avoir sa propre administration ainsi que de choisir sa propre législation (articles 25, 27, 28 et 125 de la Constitution)¹¹⁹⁰. De plus, des transferts de compétences de l'Union vers les États ont permis de laisser plus d'autonomie aux États. C'est par exemple le cas du pouvoir donné aux États de créer des *régions métropolitaines* qui sont des associations de communes qui ont pour but une meilleure organisation urbaine, économique et environnementale¹¹⁹¹. Cependant, si les États ont la capacité de s'auto-organiser, leur faculté est réduite par les dispositions de la Constitution fédérative fortement détaillées, réduisant leur autonomie. Ces dernières prédéfinissent le contenu de la législation qu'elles édicteront¹¹⁹². En effet, la Constitution fédérative a mis en place une forme indirecte de contrôle de l'autonomie des États fédérés. Les normes dites centrales contenues dans la Constitution qui organisent l'État fédéral ont une grande influence sur l'organisation des États, et fixent donc des limites à leurs compétences. Ces normes centrales sont contenues aux articles

¹¹⁸⁸ Raul Machado Horta, *idem*, p. 67.

¹¹⁸⁹ Voir Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Poder Constituinte*, 1985, 2^{da} ed., São Paulo, Saraiva, n°125 et s.

¹¹⁹⁰ Paulo Vanderlei Vargas Groff, *L'État fédéral et la démocratie au Brésil : l'application du principe de subsidiarité*, thèse, Paris, 2000, réimprim. Lille, 2002, p. 172.

¹¹⁹¹ Prudente Eunice Aparecida de Jesus e Paulo José Villela Lomar, « O Estado federado brasileiro, as relações entre os poderes, o direito de participação popular e as regiões metropolitanas », *Revista da faculdade de direito*, Universidade de São Paulo, 1996, vol. 91, p. 183.

¹¹⁹² Voir, par exemple, l'article 37 de la *Constitution de 1988*.

25¹¹⁹³ et 34–VII¹¹⁹⁴ de la Constitution. Elles lient les quatre niveaux de pouvoirs (Union, District fédéral, États et communes) qui doivent en tenir compte dans leur organisation constitutionnelle. Il est également possible d'inclure les articles 1, 2, 3 et 4, relatifs aux principes fondamentaux, les articles 23 et 24 relatifs aux compétences concurrentes ou les articles concernant le pouvoir de collecter des recettes (articles 145-I, II et III et 155) qui ont aussi une forte incidence sur les pouvoirs des États et leur organisation. Ainsi, l'autonomie des États reste relative puisque les compétences les plus importantes ont été attribuées à l'Union.

L'autonomie est un principe central dans le fédéralisme brésilien. L'évolution constitutionnelle a fait varier la reconnaissance de l'autonomie selon le degré d'autoritarisme des régimes mais la tendance générale a conduit à une plus grande autonomie des entités étatiques et locales. La *Constitution fédérative de 1988* en est le point d'orgue même si l'Union garde d'importantes compétences et des moyens de contrôle sur les États.

B) La moindre autonomie des provinces de la Fédération canadienne par rapport aux États fédérés de la Fédération étasunienne

Le principe d'autonomie est diversement reconnu selon les Fédérations et se base sur des règles dont la portée est très variable. Ainsi, l'autonomie des provinces canadiennes ne repose que sur des bases faibles car elle n'est pas garantie par le texte constitutionnel (1),

¹¹⁹³ « Les États s'organisent et sont régis par les Constitutions et les lois qu'ils adoptent, dans le respect des principes de la présente Constitution.

Paragraphe premier. Toutes les compétences qui ne leur sont pas interdites par la présente Constitution sont réservées aux États.

§ 2. Il appartient aux États d'exploiter directement ou sous régime de concession les services locaux de gaz canalisé, selon les formes de la loi; la réglementation par voie de mesure provisoire est interdite.

§ 3. Les États peuvent, par des lois complémentaires, instituer des régions métropolitaines, des agglomérations urbaines et des micro-régions, constituées par regroupement de communes limitrophes, pour intégrer l'organisation, la planification et l'exécution des fonctions publiques d'intérêt commun ».

¹¹⁹⁴ « faire observer les principes constitutionnels suivants:

a) la forme républicaine, le système représentatif et le régime démocratique;

b) les droits de la personne humaine;

c) l'autonomie municipale;

d) la reddition de comptes de l'administration publique, directe ou indirecte;

e) l'affectation de la part minimale de recette des impôts subfédéraux, y compris celle provenant de transferts, à la gestion et au développement de l'enseignement ».

alors que l'autonomie des États étasuniens jouit d'une reconnaissance et d'une protection constitutionnelle forte (2).

1) Une autonomie des provinces canadiennes reposant sur des bases faibles

Le texte constitutionnel canadien définit les compétences laissées au gouvernement fédéral, les compétences relevant des provinces et quelques compétences partagées¹¹⁹⁵. Cependant, l'attribution de compétences exclusives n'a pas empêché l'intervention dans des champs de compétence relevant d'un autre ordre de gouvernement, notamment de la part de l'entité fédérale¹¹⁹⁶. Cela a donc eu pour conséquence la réduction de l'autonomie des provinces.

Ainsi, l'autonomie des provinces canadiennes peut être limitée. Si les provinces jouissent d'une capacité importante dans la gestion de leurs domaines de compétence, cela ne tient principalement à la volonté du pouvoir fédéral¹¹⁹⁷. En effet, s'il est souvent considéré que le fédéralisme canadien est un fédéralisme des plus décentralisés, cela n'est absolument pas garanti par la Constitution. Selon la professeure Eugénie Brouillet et les professeurs Henri Brun et Guy Tremblay, la décentralisation dont on parle n'a pas de fondement et « *ne subsiste que par la tolérance du pouvoir central* »¹¹⁹⁸. Ce dernier peut, s'il le souhaite, agir dans la majeure partie des domaines de compétence provinciale, et cela par son pouvoir déclaratoire, son pouvoir de dépenser, sa supériorité en matière fiscale, son pouvoir d'agir dans les matières d'intérêt national et son pouvoir général en matière de commerce. De plus, le fait que l'entité fédérale nomme les juges ayant le pouvoir de déterminer les limites des compétences du pouvoir central, et que la jurisprudence soit plutôt favorable à l'élargissement des domaines d'action du fédéral, donne à la « *décentralisation* » canadienne et à l'autonomie des provinces un caractère très relatif.

¹¹⁹⁵ Articles 91, 92, 93 et 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹¹⁹⁶ Cela a été permis par le pouvoir d'empiéter, le pouvoir d'urgence, le pouvoir déclaratoire et le pouvoir de dépenser.

¹¹⁹⁷ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, p. 434.

¹¹⁹⁸ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *ibidem*.

2) La forte autonomie des États étasuniens

L'autonomie des entités fédérées se mesure principalement à leur pouvoir d'action dans les domaines exclusifs de compétence. Par voie de conséquence, la capacité d'intervention de l'entité fédérale et ses pouvoirs financiers sur les États membres influent sur l'autonomie accordée à ces derniers.

Le système fédératif étasunien est « *symétrique* » et « *tous les États jouissent d'un statut constitutionnel équivalent* »¹¹⁹⁹. La Constitution étasunienne reconnaît de larges compétences aux États, mais attribue des compétences exclusives au pouvoir fédéral. En effet, la Constitution prévoit les compétences dévolues à l'État fédéral, laissant aux entités fédérées, le reste des compétences¹²⁰⁰. Cela a pour objectif de limiter les pouvoirs de la fédération et les « *invasions* » de celle-ci dans les États. L'autonomie des États est protégée de manière importante¹²⁰¹, notamment par la Constitution¹²⁰². De plus, chaque État détient la maîtrise, l'organisation et la mise en œuvre de pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire selon sa propre constitution, ce qui conduit à reconnaître que « *tant le gouvernement fédéral que les États ont un haut degré d'autonomie* »¹²⁰³. L'entité fédérale ne peut agir dans les domaines de compétences propres de ses États membres, sauf condition prévue par le texte constitutionnel. Enfin, les domaines laissés à la compétence fédérale étant limités par la Constitution, les États détiennent une autonomie certaine.

De plus, les États jouissent aussi d'une autonomie fiscale substantielle et peuvent déterminer leur système d'imposition assez librement¹²⁰⁴. Cependant, cette autonomie a un revers négatif quant à la question de la disparité des ressources entre États. Le

¹¹⁹⁹ Pour les deux citations, George Alan Tarr, « United States of America », in John Kincaid and George Alan Tarr, *A Global Dialogue on Federalism – Constitutional origins, Structure, and Change in Federal Countries*, vol. 1, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2005, p. 387.

¹²⁰⁰ Le X^{ème} amendement indique que « *les pouvoirs qui n'ont pas été dévolus aux États-Unis par la Constitution, ni refusés par elle aux États, sont conservés par les États respectivement ou par le peuple* ». L'article 1^{er} à sa section 8 attribue dix-huit pouvoirs au Congrès des États-Unis, comme le commerce, les affaires étrangères, les affaires militaires ou le pouvoir de percevoir des impôts.

¹²⁰¹ Paul J. Mishkin, « Autonomy of Decentralized Units in the United States of America », Association internationale de droit constitutionnel, *Conférence régionale Morat Suisse, Federalism and Decentralisation – Constitutional Problems of Territorial Decentralisation in Federal and Centralized States*, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1987, p. 243.

¹²⁰² « *Les États-Unis garantiront à chaque État de l'Union une forme républicaine de gouvernement, protégeront chacun d'eux contre l'invasion et, sur la demande de la législature ou de l'exécutif toute violence intérieure* » article IV, section 4 de la Constitution.

¹²⁰³ Ellis Katz, « United States of America », in Akhtar Majeed, Ronald Watts and Douglas M. Brown, *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, Montreal, McGill University Press, 2006, p. 302.

¹²⁰⁴ Ellis Katz, *op. cit.*, p. 304.

principe fondamental de l'autonomie des États et la culture économique des États-Unis ont pour effet de ne pas considérer la péréquation horizontale comme un objectif important de la politique de l'ordre fédéral. Les objectifs visant à réduire les inégalités financières ont donc été, dans ce pays, beaucoup moins positifs que dans la plupart des Fédérations. L'autonomie représente un barrage à une quelconque volonté de réduire les inégalités entre États, sauf pour les États les plus faibles financièrement, qui ne peuvent qu'accepter ces aides pour pouvoir offrir le minimum de services à leurs habitants. Le principe d'autonomie forme ainsi un contrepoids au principe de participation¹²⁰⁵.

Si l'autonomie est diversement reconnue et protégée dans les trois Fédérations américaines, elle représente un point central dans la définition du fédéralisme car elle donne aux États membres la possibilité de garder une partie du pouvoir de décision et d'action qui est le leur, comme cela est permis dans la logique fédérative.

C) Le principe de séparation dans les trois Fédérations américaines

Le principe de séparation fait également partie des principes structurants du fédéralisme. Il implique une répartition claire des compétences législatives entre les ordres de gouvernement en raison de la distinction des matières d'intérêt national et d'intérêt local¹²⁰⁶.

Dans chaque système fédératif, le principe de séparation sera influencé par les asymétries qui existeront. En effet, les asymétries ont une grande importance d'un point de vue politique et ce, pour deux raisons. La première, car elles influent sur la capacité de chaque entité fédérale d'exercice de leurs pouvoirs. Il est vrai que l'asymétrie peut avoir une grande influence sur les pouvoirs de chaque entité et réduire ou augmenter ces derniers, malgré les compétences attribuées par la Constitution¹²⁰⁷. La seconde, car elles peuvent modifier le poids de chaque entité de la Fédération malgré le poids démographique qu'elles peuvent représenter¹²⁰⁸. Le changement est parfois important.

¹²⁰⁵ Voir le §2 de cette section 1.

¹²⁰⁶ Voir Maurice Croisat, *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 25.

¹²⁰⁷ Nous parlerons dans ce cas d'asymétrie politique (voir le paragraphe 1 de la section 2 du chapitre second du titre premier de la première partie).

¹²⁰⁸ Cette hypothèse concerne l'asymétrie constitutionnelle (voir le paragraphe 1 de la section 2 du chapitre second du titre premier de la première partie).

Cette asymétrie a un effet direct sur le principe de séparation en ce qu'elle déterminera le degré de séparation reconnu dans chaque Fédération.

Le principe de séparation aura donc une manifestation variable selon les cas et c'est pour cette raison que nous étudierons dans un premier temps les mises en œuvre différentes de la séparation aux États-Unis et au Canada (1) et dans un second temps, la séparation dans la Fédération brésilienne (2).

1) La séparation aux États-Unis et au Canada : deux mises en œuvre différentes

Le principe de séparation, selon son degré, influera considérablement sur les pouvoirs des entités fédérées et sur les rapports avec la fédération. Il convient, pour comprendre ce principe, d'étudier les manifestations qu'il prendra et ses conséquences sur l'organisation de la Fédération (a), puis, dans un second temps, d'analyser les formes que l'exécutif peut prendre dans son organisation pour mesurer ses conséquences sur la mise en œuvre du principe de séparation (b).

a) Les manifestations du principe de séparation dans les Fédérations canadienne et étasunienne

Au Canada, une grande partie des pouvoirs législatifs sont attribués exclusivement au gouvernement fédéral. Il en va différemment aux États-Unis où les pouvoirs attribués exclusivement au gouvernement fédéral sont moins nombreux et pour la plupart, détenus simultanément avec les gouvernements étatiques. Il convient d'indiquer néanmoins que dans le cas du Canada, malgré l'attribution exclusive de compétences législatives, la pratique a montré que les chevauchements étaient bel et bien réels¹²⁰⁹.

La répartition des compétences, alliée au principe de séparation, crée des effets essentiels dans l'organisation de la Fédération. En effet, le gouvernement fédéral, généralement considéré comme instance subsidiaire, ne devra agir dans des domaines qui ne relèvent pas directement de sa compétence que lorsque le besoin s'en fera ressentir¹²¹⁰. Les gouvernements étatiques agiront dans leurs champs de compétence comme cela est

¹²⁰⁹ Voir le 2) du A) du §1 de la section 1 du chapitre second du titre 1 de la première partie ; le A) du §2 de la section 2 du chapitre second du titre 1 de la première partie ; le b) du 2), du §2 de la section 2 du chapitre premier du titre second de la première partie.

¹²¹⁰ Ronald L. Watts, *Comparaison des régimes fédéraux*, 2^{ème} éd., Montréal et Kingston-London-Ithaca, Institut des relations intergouvernementales, Presses universitaires McGill-Queen's, 2002, p. 40.

prévu par le texte constitutionnel et ne verront une intervention du gouvernement fédéral que quand le problème revêtira une importance fédérale.

Il est impossible de dresser un *modèle* de répartition des compétences dans les Fédérations car les pouvoirs législatifs attribués exclusivement aux ordres de gouvernement varient substantiellement selon les Fédérations¹²¹¹. Ainsi, la politique économique, les affaires étrangères ou les questions sociales sont des domaines qui peuvent être de compétence fédérale et étatique (des États membres) à des degrés divers. Dans le cas de la politique économique, par exemple, il peut être admis que les États sont chargés d'assurer le bien-être économique de leurs citoyens en mettant en œuvre des politiques appropriées à leurs besoins. Le gouvernement fédéral étant, lui, chargé de mettre en œuvre des politiques plus globales et liées aux conditions internationales. Il peut également apporter une aide aux gouvernements étatiques pour la mise en œuvre de leurs politiques. C'est le cas des Fédérations canadienne et étasunienne¹²¹².

Cependant, la répartition des compétences, conséquence du principe de séparation, n'est pas toujours identique entre les ordres de gouvernement étatiques. Ainsi, certaines constitutions prévoient des cas d'asymétrie constitutionnelle. Les raisons sont généralement dues aux différences existant entre les entités de la Fédération, comme la taille du territoire, la quantité de population ou les conditions sociales, économiques ou culturelles. Au Canada, des cas d'asymétrie constitutionnelle existent pour les trois territoires et les organisations autochtones qui composent la Fédération à côté des dix provinces. Aux États-Unis, un statut particulier est prévu pour les deux associations de type fédéral, les trois États associés à la Fédération, les trois territoires jouissant d'une autonomie locale, les trois territoires non enregistrés et les cent trente groupes ethniques (appelés « *nations intérieures* »)¹²¹³.

b) La forme de l'exécutif et ses effets sur la mise en œuvre du principe de séparation

La forme de l'exécutif dans les deux ordres de gouvernement est également importante concernant le processus de relations intergouvernementales. Aux États-Unis, par exemple, le régime présidentiel et la double séparation des pouvoirs entre les gouverneurs et les législatures des États a pour conséquence un éparpillement des

¹²¹¹ Voir le chapitre second du titre premier de la première partie.

¹²¹² Voir Ronald L. Watts, *op. cit.*, pp. 42 et 43.

¹²¹³ Voir Ronald L. Watts, *idem*, p. 11.

pouvoirs entre les ordres de gouvernement. Cela a conduit à multiplier les relations entre les fonctionnaires, les législatures et les différents organismes avec leurs homologues et avec les multiples membres d'un réseau plus large, comprenant tous les intervenants. Morton Grodzins parle ainsi de « *fédéralisme marbré* »¹²¹⁴. Dans ce système, le rôle du Congrès est décisif puisqu'il participe au vote et à l'attribution de programmes de subventions.

Dans les Fédérations avec un régime parlementaire de gouvernement de cabinet responsable devant le Parlement, comme au Canada, c'est davantage l'exécutif qui domine les relations intergouvernementales.

Le principe de séparation, lorsqu'on l'associe au principe d'autonomie, a aussi une influence sur les choix des États membres dans les politiques nationales. Ces deux principes permettent de recourir aux principes jumeaux d'adhésion volontaire (*opting in*) et de retrait¹²¹⁵ (*opting out*) lors de la mise en place de politiques publiques dans le cadre de l'exercice du pouvoir législatif. Nous l'avons vu¹²¹⁶, la Constitution canadienne prévoit ces possibilités. C'est l'article 38 alinéa 3 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui accorde le droit de retrait aux provinces pour tout projet de modification de la Constitution qui requiert le consentement du fédéral et de sept provinces représentant 50% de la population canadienne si celui-ci contrevient aux droits de la province, ou bien à toute province qui ne désirerait pas participer à l'exécution d'un programme. Encore, l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne la possibilité aux provinces qui le décident à l'exception du Québec, d'appliquer les lois fédérales relatives à la propriété et aux droits civils. Enfin, l'article 23 (1) (a) de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit que certains droits des minorités en matière d'éducation ne s'appliquent pas au Québec, sauf si l'assemblée de cette province l'a décidé.

Le principe de séparation se manifeste de diverses manières dans les Fédérations canadienne et étasunienne. Il est pourtant bien présent et indispensable à l'existence du système fédératif.

¹²¹⁴ « *marblecake federalism* », Morton Grodzins, « The Federal System », in A. Wildavsky, *American Federalism in Comparative Perspective*, Boston, Little Brown, 1967, p. 257.

¹²¹⁵ Ou de refus de participer.

¹²¹⁶ Voir le chapitre second du titre premier de la première partie.

2) Le principe de séparation dans la Fédération brésilienne

La Constitution brésilienne reconnaît aux États membres le pouvoir de s'organiser librement et en vertu de constitutions propres¹²¹⁷ et aux communes par des lois organiques propres¹²¹⁸, votées par leurs législatures. Il n'existe aucun lien de subordination entre les communes, les États et l'Union concernant les décisions politiques.

Néanmoins, les compétences laissées à l'Union sont nombreuses et importantes. En comparaison avec les Fédérations canadienne et étasunienne, les questions économiques et sociales ainsi que les relations internationales sont de compétence fédérale¹²¹⁹. Les États membres ont la compétence des pouvoirs résiduels, non attribués aux autres ordres de gouvernement¹²²⁰. Les communes détiennent, elles, la compétence des domaines d'intérêt local¹²²¹.

L'autonomie reconnue aux entités fédérées de la Fédération brésilienne se manifeste aussi par la non-intervention de l'Union dans ces dernières. La *Constitution fédérative de 1988*, à ses articles 34 et 35, protège respectivement les États membres et les municipalités d'une intervention de l'Union dans leurs champs de compétence. Cela accroît donc leur autonomie en leur permettant de s'organiser et d'agir comme ils l'entendent. Apportant un bémol à ce principe de non-intervention, la *Constitution fédérative de 1988* a néanmoins prévu certains cas spéciaux pour lesquels l'Union pourra agir dans des domaines de compétence étatique ou pour lesquels un État aura la possibilité d'intervenir dans un champ de compétence municipale. L'entité fédérale ne pourra pas agir dans une municipalité sauf si celle-ci se situe sur un territoire fédéral¹²²². Selon Lise Tupiassu, « *(d)ans la mesure où l'intervention représente une rupture de l'autonomie des unités fédérées – caractéristique intrinsèque du fédéralisme –* »¹²²³, celle-ci ne pourra se faire que pour protéger la structure fédérative. Une intervention ne sera donc permise que lorsqu'un cas, prévu par la Constitution, aura lieu et en suivant les

¹²¹⁷ Article 25 de la *Constitution fédérative de 1988*, modifié par les amendements constitutionnels n° 1/92 à 51/06 et par les amendements constitutionnels de révision n° 1/94 à 6/94.

¹²¹⁸ Article 29 de la *Constitution fédérative de 1988*.

¹²¹⁹ Article 21 de la *Constitution fédérative de 1988*.

¹²²⁰ Article 25 §1 *Constitution fédérative de 1988*.

¹²²¹ Article 30 I et V de la *Constitution fédérative de 1988*.

¹²²² L'article 33 de la *Constitution fédérative de 1988* prévoit que le territoire fédéral est considéré comme une division administrative de l'Union.

¹²²³ Lise Tupiassu, « Le droit constitutionnel : les institutions politiques », in Domingos Paiva de Almeida, *Introduction au droit brésilien*, Paris, l'Harmattan, 2006, p. 30.

règles de procédure prévues à cet effet. Trois cas d'intervention de l'Union dans un État membre sont envisagés par le texte constitutionnel. Le premier, prévu à l'article 34 de la *Constitution fédérative de 1988*, est relatif à l'intervention en cas de danger sur le territoire national : les quatre points de l'article 34 prévoient une intervention lorsqu'il existe une menace de l'intégrité de territoire (34-I), une invasion étrangère ou l'invasion d'une entité de la Fédération par une autre (II), lorsqu'il existe des troubles à l'ordre public incontrôlables par un État (III) ou lorsque l'exercice d'un des droits dans les entités n'est pas respecté (IV). Le deuxième cas se rapporte à la défense des finances et concerne les cas où un État ne paie pas le remboursement de sa dette pendant deux ans (34-V a) ou lorsqu'il ne délivre pas aux municipalités les fonds dus et prévus par la Constitution (V b). Le troisième cas envisage une intervention pour sauvegarder l'ordre constitutionnel ou l'ordre juridique national, dans les cas où un État n'exécute pas une loi fédérale, une décision judiciaire (34-VI) ou contrevient à un principe constitutionnel (34-VII).

Pour ce qui a trait à l'éventualité d'une intervention des États membres dans les municipalités, seul l'article 35 de la *Constitution fédérative de 1988* prévoit une possibilité. Elle ne peut avoir lieu que si une municipalité ne respecte pas les principes en matière budgétaire et fiscale, de santé ou d'inexécution d'une loi ou d'une décision judiciaire.

Toute décision d'intervention dans quelque entité que ce soit doit, la plupart du temps, provenir de l'exécutif qui prendra un décret d'intervention. Ce décret sera soumis à l'approbation des représentants du peuple qui auront le dernier mot.

L'asymétrie est également présente dans la Constitution brésilienne. Elle se manifeste, par exemple, dans la représentation des États membres au sein de la Chambre des députés. Les disparités démographiques et économiques étant si grandes, la Constitution a prévu de limiter le nombre de députés même s'il reste proportionnel au nombre d'habitants de chaque État. Ainsi, l'article 45 prévoit un minimum de 8 députés et un maximum de 70 par État au sein de la Chambre des députés¹²²⁴.

¹²²⁴ Voir Wayne A. Selcher, « The Politics of Decentralized Federalism, National Diversification, and Regionalism in Brazil », *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 40 :4, winter 1998, p. 33.

Enfin, la Fédération brésilienne est composée de vingt-six États et d'un district fédéral jouissant de compétences particulières. Cela ajoute donc à l'asymétrie reconnue par le texte constitutionnel.

Le principe de séparation est un principe essentiel dans le système fédératif. Il se concrétise par la répartition de compétences exclusives pour chaque ordre de gouvernement et est complété par l'asymétrie qui peut prendre des formes diverses selon chaque Fédération.

§2 Le principe de participation, principe nécessaire à la logique fédérative : la participation de la deuxième Chambre fédérale

Le principe de participation consiste en la collaboration par les entités fédérées à la formation des décisions prises par les instances fédérales. C'est un principe structurant du fédéralisme¹²²⁵. Le système fédératif prévoit, en général, l'existence d'institutions qui ont pour but de prendre en considération les différents intérêts des entités fédérées et de les faire connaître tout en les défendant auprès des autorités fédérales et de l'Union. Chaque État doit pouvoir intégrer les institutions de manière à faire entendre sa voix. Dans les systèmes de type fédératif, la participation se réalise par deux organes, représentant deux entités de la Fédération. Le premier organe est la première Chambre législative. Elle représente généralement, directement les citoyens. Le second est la seconde Chambre, appelée habituellement « *Sénat* », qui représente les régions ou les États membres de la Fédération.

Le bicaméralisme est un élément caractéristique des systèmes de type fédératif. Il résulte de la création de la Fédération étasunienne qui, par le compromis du Connecticut dans la Convention de Philadelphie de 1787, a su trouver une réponse au problème qui se posait pour la représentation au sein de la législature fédérale : une représentation du peuple ou des États. Ainsi, une chambre permettait de représenter le peuple (la Chambre des représentants) et une autre servait à représenter les États (le Sénat). Les Fédérations du Canada et du Brésil ont, toutes les deux, suivi cet exemple.

Pour illustrer ce principe de participation, nous étudierons les divers moyens dont disposent les trois Fédérations américaines pour mettre en œuvre ce principe. Nous nous

¹²²⁵ Georges Scelle, *Précis de droit des gens*, 1^{ère} partie, Paris, Sirey, 1932, p. 198.

arrêterons d'abord sur la participation dans le cadre étasunien par le biais du Sénat fédéral (A), puis sur la participation des États à la Fédération brésilienne (B) et enfin sur la participation des provinces canadiennes à la législation fédérale (C).

A) La participation et le Sénat étasunien

La Fédération étasunienne reconnaissant une séparation des pouvoirs exécutif et législatif, le Sénat et la première Chambre, c'est-à-dire la Chambre des représentants, ont des pouvoirs identiques¹²²⁶. Le Sénat qui, rappelons-le, prévoit une représentation égale des États membres de la Fédération, permet à chaque État de jouir de deux représentants au sein de la seconde Chambre¹²²⁷. Le Sénat est une des deux composantes du pouvoir législatif fédéral et participe ainsi à la création et l'entrée en vigueur des lois fédérales. Par ailleurs, le Sénat doit impérativement apposer son accord lorsqu'un traité international doit être ratifié pour entrer en vigueur¹²²⁸. De plus, les nominations d'ambassadeurs, de juges et de hauts fonctionnaires par le Président doivent être approuvées par la seconde Chambre¹²²⁹. Enfin, en ce qui concerne la procédure d'*impeachment*, si la mise en accusation se fait par la Chambre des représentants, c'est au Sénat de mener la procédure¹²³⁰. Ces différentes compétences font partie du pouvoir législatif du Sénat et donc de la participation de celui-ci à la Fédération. Il est important d'ajouter que le Sénat peut également procéder à des mesures d'obstruction permettant à une minorité d'éviter à un projet de loi de commencer la procédure de vote devant les Chambres. Cette procédure d'obstruction s'est surtout accentuée ces dernières années dans des affaires de nomination de juges ou de vote de budgets¹²³¹. Ainsi, même si le Sénat ne fournit plus de protection institutionnelle spécifique aux gouvernements des États, ses règles de procédure ont pour effet de limiter l'exercice du pouvoir fédéral.

¹²²⁶ Il convient de préciser que le Sénat étasunien détient quelques pouvoirs supplémentaires par rapport à la Chambre des représentants, notamment concernant la ratification des nominations et des traités.

¹²²⁷ Article 1, section 3 – 1 de la *Constitution étasunienne*.

¹²²⁸ Après ratification par le Président des États-Unis, pour recevoir l'accord du Sénat, il doit emporter le vote des deux tiers des sénateurs (article 2, section 2 – 2 de la *Constitution étasunienne*).

¹²²⁹ Pour être approuvées, le vote doit emporter la majorité (article 2, section 2 – 2 de la *Constitution étasunienne*).

¹²³⁰ Article 1, section 2 – 5 de la *Constitution étasunienne*.

¹²³¹ Voir pour cela, Sarah A. Binder and Steven S. Smith, *Politics or Principle ? Filibustering in the United States Senate*, Washington DC, The Brookings Institution Press, 1997.

B) La participation des États membres à la Fédération brésilienne

Le degré de participation, au sein de la Fédération brésilienne, se mesure par l'influence des entités fédérées sur la Fédération. Au Brésil, la participation des États membres à la prise de décision de la Fédération se réalise notamment par l'action des représentants des États au pouvoir législatif. Le pouvoir législatif est composé de deux chambres. La Chambre des députés et le Sénat. La Chambre des députés est composée des représentants du peuple, alors que le Sénat se compose de représentants des États¹²³². Ces deux chambres ont un statut égal dans le processus législatif.

Pour Raul Machado Horta, « *(l)a participation de l'État membre dans l'organisation de la Fédération est une caractéristique du fédéralisme de manière générale et du fédéralisme brésilien, en particulier* »¹²³³. La participation des États à la Fédération se fit d'abord par la mise en place d'un système bicaméral et par la création d'un Sénat fédéral, dès la Constitution de 1891¹²³⁴ puis les Constitutions de 1934¹²³⁵, de 1946¹²³⁶, 1967¹²³⁷ et 1988.

Un autre signe de la participation étatique dans la formation de la volonté fédérale se manifeste par la reconnaissance aux États, par leurs assemblées législatives, de la possibilité d'amender la Constitution fédérative, ce qui encourage « *les liens de solidarité entre la Fédération et les États* »¹²³⁸. Ce pouvoir d'initiative d'une révision de la Constitution fédérative est un droit reconnu dans les constitutions antérieures et constitue une tradition du *droit public républicain* au Brésil¹²³⁹.

La participation des États dans la formation de la volonté nationale se réalise notamment par l'intermédiaire du Sénat fédéral. On parle alors, selon Roberto Pimentel, de « *federalismo homogêneo* »¹²⁴⁰. Le Sénat brésilien partage, de manière égalitaire, le pouvoir législatif avec la première chambre. Il détient, concurremment avec la Chambre des députés et avec le Président de la République, l'initiative des lois. Il dispose d'un

¹²³² Articles 45 §1 et 46 de la Constitution fédérative de 1988.

¹²³³ Raul Machado Horta, « Reconstrução do Federalismo Brasileiro », *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Janeiro de 1982, n°54, p. 70.

¹²³⁴ Article 30 de la *Constitution de 1891*.

¹²³⁵ Article 89 de la *Constitution de 1934*.

¹²³⁶ Article 60 de la *Constitution de 1946*.

¹²³⁷ Article 43 de la *Constitution de 1967*.

¹²³⁸ Raul Machado Horta, *ibidem*.

¹²³⁹ Article 90 §1 de la *Constitution de 1891*, article 178 §1 alinéa b et §2 de la *Constitution de 1934*, article 217 §1 de la *Constitution de 1946* et article 50 §4 de la *Constitution de 1967*.

¹²⁴⁰ « *fédéralisme homogène* », Roberto Pimentel, *Curso de direito constitucional*, vol.I, www.resumosconcursos.hpg.com.br, p. 3.

pouvoir d'amendement permettant de proposer des modifications aux projets de lois émanant de la première Chambre. Il détient également un pouvoir d'approbation dans le cadre des déclarations d'urgence et des mesures provisoires prises par le Président de la République. Le Sénat détient un pouvoir de contrôle sur les ministres qui doivent se rendre à ses convocations lorsqu'elles sont demandées¹²⁴¹ ainsi qu'un pouvoir de contrôle en matière financière et budgétaire. En effet, il peut, avec la Chambre des députés, contrôler les finances, la comptabilité et le patrimoine de l'entité fédérale et des entités administratives¹²⁴². Son contrôle porte sur la légalité, la légitimité et l'opportunité économiques des actes de l'Union et de l'administration fédérale. Le Sénat exerce aussi d'autres pouvoirs traduisant sa participation à l'entité fédérale : il est le juge du Président de la République et des hautes autorités pour les « *crimes de responsabilité* »¹²⁴³ et doit approuver un certain nombre de nominations faites par le Président¹²⁴⁴. Il convient d'indiquer que le Sénat n'a pas de pouvoir pour intervenir dans les affaires internationales. Un autre moyen de participation à la fédération est souligné par Lise Tupiassu : le pouvoir du Sénat d'être à l'initiative d'une révision constitutionnelle si un tiers de ses membres le propose¹²⁴⁵. De plus, les législatures des États fédérés peuvent également proposer une révision, tout comme la moitié des unités de la Fédération.

Les municipalités ne sont, elles, pas représentées au niveau fédéral. Toutefois, cela doit être relativisé par le fait que les problèmes de municipalités sont la plupart du temps réglés par l'État dans lequel se trouve cette entité et de plus, que les sénateurs peuvent, s'ils le souhaitent, tenter de trouver des solutions aux problèmes des municipalités au niveau fédéral si le besoin s'en fait ressentir.

C) La participation des provinces canadiennes à la législation fédérale

Les provinces ne participent pas au pouvoir législatif fédéral. Elles ne composent pas les organes législatifs fédéraux, ni ne participent à leurs prises de décision. La Fédération canadienne, reconnaît un lien très étroit entre les pouvoirs exécutif et législatif. La

¹²⁴¹ Article 50 de la Constitution fédérative de 1988.

¹²⁴² Article 48 de la Constitution fédérative de 1988.

¹²⁴³ Il ne pourra juger qu'après accord de la Chambre des députés, article 52-1 de la *Constitution fédérative de 1988*.

¹²⁴⁴ Article 52 de la *Constitution fédérative de 1988*.

¹²⁴⁵ Voir Lise Tupiassu, « Le droit constitutionnel : les institutions politiques », in Domingos Paiva de Almeida, *Introduction au droit brésilien*, Paris, l'Harmattan, 2006, p. 29.

Chambre qui contrôle l'exécutif, c'est-à-dire la première Chambre détient, en pratique, davantage de pouvoirs que la seconde. Le Sénat canadien n'est qu'une chambre législative, même s'il détient un droit de *veto* absolu, reconnu par la loi. Le Sénat a pour objectif de représenter les intérêts des provinces et des minorités. La Cour suprême a ainsi indiqué que le Sénat avait pour rôle d'« *assurer la protection des divers intérêts régionaux au Canada quant à l'adoption de la législation fédérale* »¹²⁴⁶. Cela ne donne donc que peu de pouvoir à cette Chambre dans le processus décisionnel fédéral. Sa légitimité est ainsi assez souvent remise en cause. En effet, en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les sénateurs sont nommés par le gouvernement fédéral¹²⁴⁷, et selon des critères régionaux et provinciaux, ce qui ne leur confère aucune légitimité représentative.

Les députés composant la Chambre des communes représentent l'ensemble de la collectivité canadienne et non les circonscriptions. En effet, la représentation des députés est relative à la population et non aux provinces. Ainsi, ni les sénateurs ni les députés fédéraux ne représentent la province et ne reçoivent de mandat d'elle. Il n'existe donc pas au Canada de « *Chambre fédérative* »¹²⁴⁸.

Cependant, si les provinces ne participent pas à la formation des organes législatifs fédéraux, elles exercent néanmoins une influence sur les décisions, par le biais du « *fédéralisme exécutif* », c'est-à-dire par les conférences fédérales-provinciales et interprovinciales. À ces instruments s'ajoute notamment le Conseil canadien des ministres de l'environnement¹²⁴⁹ et le Conseil des ministres de l'éducation du Canada¹²⁵⁰.

Le principe de participation est donc un principe fondamental dans la logique fédérative. Il fait partie des principes essentiels puisque c'est par son respect que les membres de la Fédération pourront participer à la législation fédérale. Les mises en œuvre de ce principe dans les trois Fédérations américaines sont principalement réalisées par les pouvoirs détenus par le Sénat fédéral, mais également par des conférences fédérales-provinciales.

¹²⁴⁶ Cour suprême, Avis sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre Haute, (1980) 1 R.C.S. 54, 67 et 78.

¹²⁴⁷ Article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹²⁴⁸ Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, p. 421.

¹²⁴⁹ Créé en 1964.

¹²⁵⁰ Créé en 1967.

Néanmoins, les pouvoirs attribués aux trois Sénats fédéraux sont substantiellement variables au Canada, aux États-Unis et au Brésil. Il n'existe donc pas de modèle de principe de participation.

Cette première section aura eu pour tâche de définir les principes d'autonomie, de séparation et de participation dans les trois Fédérations américaines, ainsi que leurs manifestations selon les cas. Ces trois principes structurants du fédéralisme, plutôt contraires ou tout du moins différents, doivent coexister dans une même Fédération pour faire vivre cette logique de coexistence des différences et des opposés que sont l'unité et la diversité. Les manifestations de ces principes sont variables dans les trois Fédérations américaines et il ne peut être constaté un *modèle* de mise en œuvre de ceux-ci. À ces trois principes vient s'ajouter le principe de coopération qui va chercher à rétablir un certain équilibre, tout en manifestant, par lui-même, son déséquilibre ontologique, par la recherche de coopération d'entités séparées et autonomes.

Section 2 Le principe de coopération et sa recherche d'équilibre

En tant que principes propres à la logique fédérative - le fédéralisme étant un processus et non une forme fixe et déterminée - il est possible de considérer que les principes d'autonomie et de séparation impliquent une coopération entre les deux ordres de gouvernement. La coopération est une conséquence du fédéralisme dualiste qui ne peut empêcher les chevauchements de compétence ou les phénomènes de rapprochement des législations.

Dans les Fédérations où une séparation des pouvoirs législatifs et exécutifs est organisée au niveau de chaque ordre de gouvernement, comme c'est le cas aux États-Unis, les réseaux de relations intergouvernementales sont multiples et complexes et constituent « *de nombreuses ramifications souvent s'entre-croisant entre cadres supérieurs, administrateurs et législateurs des différents ordres de gouvernement* »¹²⁵¹. Ronald Watts explique que le nombre de relations intergouvernementales augmente en

¹²⁵¹ Ronald Watts, *Comparaison des régimes fédéraux des années 90*, 2^{ème} éd., Montréal et Kingston-London-Ithaca, Institut des relations intergouvernementales, Presses universitaires McGill-Queen's, 2002, p. 61.

fonction des règles mises en place par le texte constitutionnel, et notamment s'il prévoit que la législation fédérale doit être administrée par les gouvernements étatiques et locaux¹²⁵². Dans de nombreuses Fédérations, comme c'est le cas aux États-Unis, au Brésil et dans une moindre mesure au Canada, les relations intergouvernementales sont particulièrement nécessaires pour la gestion et l'administration des transferts financiers. Cette section aura donc pour objectif de définir la notion de coopération (§1) et d'analyser les manifestations et les conceptions de ce principe dans les trois Fédérations américaines prises pour objet d'étude (§2) afin de montrer qu'elle représente un des principes essentiels de **définition** du fédéralisme.

§ 1 La définition de la coopération

La coopération consiste souvent en des procédés informels réunissant des représentants de différents ordres de gouvernement « *dans la recherche de convergences, voire de solutions communes, malgré la division constitutionnelle des compétences et des pouvoirs* »¹²⁵³. Les solutions adoptées sont prévues dans des accords ayant force de loi ou de règlement et sont adoptés par des procédures constitutionnelles. Cependant, la coopération ne se limite pas à une phase de recherche de solutions communes puisqu'elle conduit, ensuite, à une gestion conjointe des politiques. Au Canada, on parle de fédéralisme exécutif¹²⁵⁴. La situation est quelque peu différente aux États-Unis puisque le Congrès conserve des pouvoirs importants dans le processus d'élaboration et de mise en œuvre des décisions communes. Cela se matérialise par le biais de subventions ou de *grants in aid*.

La coopération sera donc vue d'abord en tant que principe essentiel du fédéralisme (A); nous verrons ensuite les modalités de la coopération, c'est-à-dire les mises en œuvre de celle-ci (B) et enfin, les diverses origines de la coopération selon les Fédérations (C).

¹²⁵² Ronald Watts, *ibidem*.

¹²⁵³ Maurice Croisat et Jean-Louis Quermonne, *L'Europe et le fédéralisme*, 2^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 81.

¹²⁵⁴ « *executive federalism* », voir Donald Smiley, *Canada in Questions : Federalism in the eighties*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1980, p. 91 et s.

A) La coopération en tant que principe essentiel du fédéralisme

La coopération fait partie des quatre principes essentiels du système fédératif¹²⁵⁵. Elle doit être envisagée dans l'ensemble fédératif, c'est-à-dire dans un processus évolutif et changeant, s'adaptant aux conditions à la fois structurelles et conjoncturelles du système fédératif. La coopération serait une conséquence des principes de séparation et d'autonomie qui contrebalanceraient ces tendances pour contribuer à une forme d'échange et de coordination au sein de la Fédération. Le système fédératif étant un système permettant de faire coexister les différences dans un ensemble cohérent, les principes de séparation et d'autonomie conduiraient à une coopération des entités du fait de la nécessité d'une cohérence d'ensemble et d'une certaine interdépendance, d'une forme de coordination et d'aide. L'autonomie doit alors être envisagée, non pas seulement comme la capacité d'agir seul, mais bien plutôt comme le pouvoir d'influence lors de négociations intergouvernementales. Daniel Elazar écrit ainsi que le fédéralisme « *se fonde sur un engagement de toutes les composantes à ouvrir des négociations, de façon à tendre vers un consensus ou, à défaut, un accommodement qui préserve l'intégrité fondamentale de tous les partenaires* »¹²⁵⁶. La coopération peut donc exister dans un cadre horizontal, permettant aux États membres de la Fédération de coordonner ou rapprocher leurs politiques et de mettre en place des politiques publiques plus importantes, permettant aux États les moins capables financièrement d'être aidés. Elle peut aussi se réaliser dans un cadre vertical, conduisant à une collaboration du gouvernement fédéral avec les gouvernements des États membres ou régionaux. L'entité fédérale peut ainsi apporter son aide, tant politique, administrative que financière aux ordres de gouvernements régionaux et étatiques, assurant ainsi une aide et une coordination entre les entités formant la Fédération.

Maurice Croisat considère que la logique fédérative conduit à une coopération au sein de la Fédération, et que celle-ci est une conséquence inévitable du système fédératif¹²⁵⁷. Trois facteurs peuvent expliquer cela, selon lui. Le premier est l'évolution de la répartition des compétences et du non-respect de la distribution des pouvoirs

¹²⁵⁵ Les quatre principes sont l'autonomie, la séparation, la participation et la coopération.

¹²⁵⁶ Daniel Elazar, « Les objectifs du fédéralisme », *Revue de l'Europe en formation*, n° spécial, 1976, p. 165.

¹²⁵⁷ Maurice Croisat, *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, 3^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 118.

législatifs, établie en fonction de la nature nationale ou régionale des diverses matières, à l'origine. En effet, les conditions d'ouverture tant nationales qu'internationales ont conduit à bouleverser la répartition stricte des compétences des différents ordres de gouvernement, permettant la gestion de certains domaines par plusieurs gouvernements ou par un seul, non titulaire à l'origine de cette compétence. Les compétences fédérales et fédérées ne sont donc plus toujours véritablement respectées. Ensuite, la coopération serait nécessairement engendrée par le fait que les décisions d'un gouvernement ont des conséquences sur les décisions des autres gouvernements au sein de la Fédération. Enfin, il ressort de l'évolution des Fédérations, et notamment à la suite de la période de développement de l'État-providence, un développement de politiques communes dans la résolution de problèmes de société nationaux, comme les crises économiques ou sociales, nécessitant l'intervention de plusieurs gouvernements, dont le gouvernement fédéral.

La coopération est donc un principe essentiel du système fédératif. Elle est une conséquence de la logique fédérative et un élément consubstantiel à elle. Néanmoins, elle recouvre des formes et des modalités différentes selon les cas, et peut se réaliser sur deux plans, horizontal ou vertical.

B) Les modalités de la coopération

Le fédéralisme coopératif peut se définir comme la recherche d'une coopération intergouvernementale dans le but d'atteindre des objectifs communs, envisageant la participation de plusieurs ordres de gouvernement et conduisant à la mise en œuvre de programmes conjoints ou coordonnés¹²⁵⁸. Les relations issues de cette coopération intergouvernementale ne résultent pas, la plupart du temps, de règles constitutionnellement établies, mais plutôt de pratiques informelles. Elles se matérialisent ainsi par des accords entre les gouvernements, mis en œuvre par des dispositions législatives ou réglementaires. Si le développement du fédéralisme coopératif correspond à la mise en place des politiques keynésiennes et de l'État-Providence dans les États ayant suivi de telles conceptions interventionnistes¹²⁵⁹, la coopération peut se réaliser sur deux plans et donc selon deux logiques : la coopération peut être soit horizontale, c'est-à-

¹²⁵⁸ Mary Hallock Morris « Cooperative Federalism », in Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *Federalism in America*, Wesport, Connecticut, Greenwood Press, 2006, p. 127.

¹²⁵⁹ Voir Maurice Croisat. *op. cit.*, p. 89.

dire qu'elle se réalise entre entités issues d'un même ordre de gouvernement (États, gouvernements régionaux), soit verticale, et donc entre deux ordres de gouvernements¹²⁶⁰. La coopération horizontale se manifeste, par exemple, aux États-Unis par le biais des *interstate compacts*¹²⁶¹. Ces accords sont conclus entre deux ou plusieurs États et visent la réalisation de projets communs. L'organisation de tels accords diffère selon les systèmes, mais, dans le cadre de la Fédération étasunienne, la conclusion de ces accords ne nécessite pas d'autorisation de la part de la fédération, ni même du Congrès. Les États peuvent passer et conclure de tels accords, s'ils le souhaitent, dans les domaines de compétence qui sont les leurs. Par contre, lorsque des compétences fédérales sont prises en compte ou lorsque des domaines particuliers sont en jeu¹²⁶², l'accord du Congrès sera nécessaire. Cela résulte d'une décision de la Cour suprême étasunienne de 1893, *Virginia v. Tennessee*¹²⁶³.

Au Canada, les accords interétatiques sont issus, à l'origine et encore aujourd'hui pour partie, de conférences entre Premiers ministres provinciaux. Ces conférences étaient annuelles au commencement, mais ont été multipliées ensuite¹²⁶⁴.

La coopération peut aussi se réaliser d'un point de vue vertical. Dans ce cas, l'entité fédérale étant impliquée, les institutions fédérales sont obligatoirement sollicitées pour donner leur accord¹²⁶⁵. Si les conditions varient, nous l'avons dit, selon les systèmes, il est possible de considérer que, de manière générale, le Parlement fédéral vote les subventions accordées dans le cadre des accords interétatiques ainsi que les dispositions législatives permettant la mise en œuvre du programme. Il a donc un rôle en matière comptable et administrative¹²⁶⁶. Les organismes fédéraux, hormis le rôle primordial du

¹²⁶⁰ Voir Ronald L. Watts, *Comparaison des régimes fédéraux des années 90*, 2^{ème} éd., Montréal et Kingston-London-Ithaca, Institut des relations intergouvernementales, Presses universitaires McGill-Queen's, 2002, p. 59.

¹²⁶¹ Christophe Heckly et Eric Oberkamp, *La subsidiarité à l'américaine : quels enseignements pour l'Europe ?*, Paris, l'Harmattan, 1994, p. 80 ; Cheryl Saunders, « Legislative, Executive, and Judicial Institutions : A Synthesis », in Katy Le Roy and Cheryl Saunders, *A Global Dialogue on Federalism – Legislative, Executive, and Judicial Governance in Federal Countries*, vol. 3, Montreal & Kingston – London- Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 375.

¹²⁶² Protection civile, aménagement urbain, aménagement du territoire, environnement, etc... voir Maurice Croisat, *idem*, p. 90.

¹²⁶³ Cour suprême, *Virginia v. Tennessee*, 148 U.S. (1893).

¹²⁶⁴ Voir respectivement les A) et B) du paragraphe 2 de ce chapitre pour plus de précisions sur la coopération au Canada et aux États-Unis.

¹²⁶⁵ John Dinan, « United States of America », in Katy Le Roy and Cheryl Saunders, *A Global Dialogue on Federalism – Legislative, Executive, and Judicial Governance in Federal Countries*, vol. 3, Montreal & Kingston – London- Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 333.

¹²⁶⁶ Cheryl Saunders, *op. cit.*, p. 378.

vote de la subvention, des conditions d'utilisation et du contenu du programme, ne font que contrôler ensuite la conformité des dépenses budgétaires d'après la répartition des subventions. Ces procédures sont nécessaires bien que les entités fédérées aient, seules, le pouvoir d'exécuter le programme. Elles ont aussi le pouvoir de refuser les aides fédérales¹²⁶⁷.

La coopération prend donc des formes et des modalités différentes. Elle peut se réaliser sur deux plans, horizontal ou vertical et cela résulte des origines de la coopération selon les cas. L'intervention du gouvernement et les institutions fédérales ne sont pas nécessaires si les objets de la coopération ne se rapportent pas à des sujets nationaux, mais les conditions seront différentes selon les Fédérations.

C) Les diverses origines de la coopération

La coopération peut avoir diverses origines au sein de chaque Fédération. Maurice Croisat explique que la coopération peut être mise en œuvre, dans les Fédérations, de trois façons¹²⁶⁸. Elle peut, premièrement, être le résultat d'une décision du gouvernement fédéral, s'imposant aux ordres de gouvernements régionaux. Elle peut, deuxièmement, être le fruit d'une révision du texte constitutionnel envisageant des transferts de compétence entre ordres de gouvernement ou envisageant des actions communes ou concertées dans des domaines précis qui créeront une forme de coopération par la suite. C'est ce qui fait l'objet du XVI^{ème} amendement de la Constitution étasunienne¹²⁶⁹, ainsi que du domaine de l'assurance-chômage au Canada, au début du second conflit mondial et à la suite de la Grande dépression des années trente. Elle peut, troisièmement, provenir d'ententes entre plusieurs gouvernements dans l'établissement de programmes communs. C'est ce qui ressort de la pratique canadienne actuelle¹²⁷⁰.

¹²⁶⁷ Pouvoir dit d'*opting out* au Canada.

¹²⁶⁸ Maurice Croisat, *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, 3^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 120.

¹²⁶⁹ Cet amendement se rapporte au droit d'établir et de percevoir des impôts sur les revenus de la part du Congrès.

¹²⁷⁰ Les Premiers ministres des provinces se rencontrent de façon régulière pour traiter des problèmes variés et tenter de les régler. Ce même type de rencontres se réalise entre fonctionnaires fédéraux et provinciaux. Voir Maurice Croisat, « Le fédéralisme dans l'Union européenne au regard de l'expérience canadienne » in François d'Arcy et Luc Rouban, *De la V^{ème} République à l'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Quermonne*, Paris, Presses de la fondation nationale de Sciences politiques, 1996, p. 249.

La coopération ne doit pas simplement être vue comme une réduction des domaines de compétences des gouvernements des États membres car le nombre de leurs compétences exclusives a été partagé avec d'autres gouvernements. Il faut ajouter que des domaines de compétences fédérales ont aussi été concernés par les formes de coopération, entraînant donc une action des entités fédérées dans des matières de compétence fédérale.

La coopération est un principe essentiel du fédéralisme en ce qu'elle est devenue indispensable dans l'organisation et la vie de chaque système fédératif. Les chevauchements de compétence étant devenus inévitables ainsi que l'interdépendance des entités de chaque Fédération, la coopération est devenue inéluctable. Elle peut prendre des formes diverses puisqu'elle peut être prévue par des normes fédérales, voire constitutionnelles ou faire simplement l'objet de pratiques informelles. La coopération s'exerce à un double niveau, à la fois horizontal et vertical pour qu'une coordination des buts de la Fédération ou de certains États membres puisse exister.

Il convient maintenant d'analyser ce principe de coopération plus précisément dans les trois Fédérations américaines.

§ 2 La coopération dans les trois Fédérations américaines : des mises en œuvre variées

Les Constitutions canadienne, étasunienne et brésilienne établissent une répartition des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les gouvernements étatiques. Cette répartition, du fait de sa reconnaissance par le texte constitutionnel, ne peut être modifiée que selon une procédure particulière et parfois lourde. Cependant, la logique de recherche d'équilibre propre à toute Fédération implique que des ajustements et des modifications soient réalisés et ceci régulièrement. La Constitution étasunienne qui fixe des domaines de compétences simultanées a obligé à établir une certaine flexibilité¹²⁷¹ et une coopération dans les domaines de compétence partagée.

Malgré des répartitions de compétences parfois assez strictes, les chevauchements de compétences ainsi que l'interdépendance dans l'exercice des pouvoirs publics sont inévitables. Les différents ordres de gouvernement doivent donc établir des relations de

¹²⁷¹ Voir Cheryl Saunders, *idem*, p. 376.

partenariat, suivant les principes de coopération et de coordination¹²⁷². Les relations intergouvernementales sont particulièrement nécessaires dans les Fédérations où la Constitution établit une importante participation des gouvernements étatiques dans l'administration de la législation fédérale. Ces principes doivent être respectés parallèlement aux principes d'autonomie et de séparation qui sont, eux aussi, des principes essentiels de la logique fédérative. La coopération se réalise par une collaboration intergouvernementale d'institutions remplissant deux fonctions essentielles : le règlement des différends entre les ordres de gouvernement et l'évolution des politiques publiques.

Dans les trois Fédérations prises pour objet d'étude, les relations intergouvernementales se réalisent sur deux plans : l'un vertical et l'autre horizontal. Les relations n'existent donc pas seulement entre l'entité fédérale et les entités fédérées, mais également entre les entités fédérées.

Nous verrons donc dans un premier temps comment est entendu le fédéralisme coopératif au Canada (A), puis dans un second, la perception du fédéralisme coopératif chez son voisin étasunien (B) et enfin, quelle définition est donnée au fédéralisme coopératif au Brésil (C).

A) Le fédéralisme coopératif au Canada : fédéralisme « *exécutif* » et fédéralisme « *collaboratif* »

Le fédéralisme exécutif a longtemps été considéré comme le caractère essentiel des relations intergouvernementales canadiennes¹²⁷³. C'est une combinaison entre le fédéralisme et le gouvernement de cabinet de Westminster : il désigne la procédure de négociation entre les exécutifs des différents ordres de gouvernement à l'intérieur de la Fédération¹²⁷⁴. Les conférences intergouvernementales canadiennes conduisent à des accords et des programmes communs et sont vus comme des ententes ayant valeur contractuelle. Leur mise en œuvre se concrétise par l'adoption de lois et de règlements.

¹²⁷² Voir Mary Hallock Morris « Cooperative Federalism », in Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *Federalism in America*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 2006, p. 127.

¹²⁷³ Thomas O. Hueglin, « Canada », in Katy Le Roy and Cheryl Saunders, *A Global Dialogue on Federalism – Legislative, Executive, and Judicial Governance in Federal Countries*, vol. 3, Montreal & Kingston – London- Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 125.

¹²⁷⁴ Voir Ronald L. Watts, « Executive Federalism : The Comparative Context », in David P. Shugarman and Reg Whitaker, *Federalism and Political Community – Essays in Honor of Donald Smiley*, Peterborough Ontario, Broadview Press, 1989, pp. 439-455.

Des commissions composées d'experts, d'hommes politiques, de représentants d'associations ou de groupes parcourent le pays pour organiser des débats et recueillir des idées et des informations dans des domaines aussi nombreux que variés.

Lors des dernières années, le fédéralisme canadien a connu d'importants changements, notamment dans les relations intergouvernementales. Le fédéralisme *exécutif* a été de plus en plus influencé par des pratiques appelées « *fédéralisme collaboratif* » ou « *fédéralisme de collaboration* »¹²⁷⁵, caractérisées davantage par le principe de codétermination de grandes politiques publiques que par le fédéralisme coopératif conduit par Ottawa en chef de file depuis la Seconde guerre mondiale, ou par un fédéralisme compétitif, mis en place à partir des années soixante-dix. Alors que la codétermination implique le travail conjoint des deux ordres de gouvernement et un statut égal, l'un par rapport à l'autre, il est possible d'intégrer les gouvernements provinciaux et régionaux qui joueront un rôle d'initiative en l'absence de l'entité fédérale dans le choix des politiques publiques. Ainsi, les défenseurs du fédéralisme collaboratif¹²⁷⁶ voient la gouvernance au Canada comme une association entre deux ordres de gouvernements égaux, autonomes et interdépendants, décidant des politiques publiques conjointement.

Il convient donc d'étudier précisément la notion de fédéralisme collaboratif au Canada (1), et de voir l'évolution qu'il a connu à partir des années soixante (2). Des critiques ont été faites à l'encontre du fédéralisme collaboratif (3), lui reprochant un déficit démocratique. Enfin, un exemple de collaboration entre le Parlement et le gouvernement sera mis en exergue pour illustrer la collaboration au Canada (4).

1) Le fédéralisme collaboratif canadien

Le fédéralisme *collaboratif* désigne la procédure par laquelle les objectifs de portée nationale sont réalisés en collaboration avec le gouvernement fédéral et plusieurs ou l'ensemble des États membres de la Fédération. Dans le cas du Canada, ce seront les provinces et les territoires. La différence avec le fédéralisme coopératif, vient du fait que les provinces n'agissent pas directement sous l'influence du gouvernement central par le

¹²⁷⁵ David Cameron and Richard Simeon, « Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism », *Publius : The Global Review of Federalism*, Vol. 32, No. 2, (Spring, 2002), p. 49-71.

¹²⁷⁶ C'est-à-dire tout particulièrement les gouvernements provinciaux.

biais des subventions et des aides que ce dernier leur accorde, mais qu'elles agissent véritablement de manière autonome. Le fédéralisme *collaboratif* peut prendre deux formes¹²⁷⁷. La première consiste en une collaboration entre l'entité fédérale, les entités provinciales et les territoires. Dans ce cas, les multiples forces que représentent les différentes entités cherchent à trouver un équilibre dans les rôles et les responsabilités de chacun. Cette première forme va dans le sens d'une recherche d'équilibre car chaque entité a un certain poids dans la relation de collaboration. La collaboration met en avant une logique d'interdépendance qui nécessite une coordination des politiques. La seconde forme est une collaboration entre les gouvernements provincial et territorial, laissant au gouvernement central une place secondaire, mais toujours existante. Cela repose sur la Constitution selon laquelle la santé, l'éducation et le bien-être sont de compétence provinciale. Ainsi, les politiques nationales dans ces domaines sont aussi de compétence provinciale¹²⁷⁸. Pour David Cameron et Richard Simeon, la logique *collaborative* est aussi une manière d'éviter les modifications de la Constitution¹²⁷⁹. En effet, au sein du fédéralisme canadien, un certain nombre de problèmes restés en suspend du fait des échecs des accords du Lac Meech et de Charlottetown ont ressurgi dans le cadre des relations intergouvernementales. C'est notamment le cas de la compétence dans plusieurs domaines. Ainsi, au lieu d'être envisagées dans des dispositions constitutionnelles floues ou tranchées par des décisions de justice, les questions sont réglées dans des accords ou des déclarations intergouvernementaux¹²⁸⁰.

La logique *collaborative* du fédéralisme canadien a eu d'importantes conséquences sur les institutions. Il semblerait que les changements les plus profonds concernent le rôle de la Conférence annuelle des Premiers ministres des provinces¹²⁸¹. Depuis sa création en 1960, elle est sortie de l'ombre de la Conférence des Premiers ministres fédéraux-provinciaux et est devenue une conférence intergouvernementale à part entière. Elle a pris une importance telle, qu'elle a éclipsé la Conférence des Premiers ministres

¹²⁷⁷ David Cameron and Richard Simeon, *op. cit.*, p. 55.

¹²⁷⁸ En matière de bien-être, le gouvernement fédéral est uniquement compétent en ce qui concerne l'assurance-chômage. Lorsqu'il intervient en matière de santé, d'éducation ou de bien-être, il le fait par son pouvoir de dépenser, mais cela peut être considéré comme une véritable intrusion dans le champ des compétences provinciales.

¹²⁷⁹ David Cameron and Richard Simeon, *ibidem*.

¹²⁸⁰ Un exemple est l'*Agreement on Internal Trade* mis en œuvre en 1995.

¹²⁸¹ Voir David Cameron and Richard Simeon, *idem*, p. 61.

fédéraux-provinciaux. Devenue une véritable *association* de provinces, elle est largement soutenue par des fonctionnaires provinciaux. Son rôle est de préparer des projets et de livrer des communiqués au ministre responsable du domaine dont il est question en leur indiquant des directions à suivre, ou de régler des conflits au plus haut niveau. En cela, la Conférence annuelle des Premiers ministres peut s'apparenter, sur certains points, au Conseil des ministres dans l'Union européenne.

2) L'évolution de la logique coopérative au Canada

Le Canada d'après-guerre connut une période de fédéralisme coopératif, jusqu'à permettre la mise en place d'un programme social caractérisé par l'*État providence*¹²⁸². Donnant les moyens aux provinces de répondre aux attentes des citoyens et de moderniser les infrastructures, le gouvernement fédéral était au centre de cette période de forte évolution de la société. Cependant, à partir des années soixante-dix, entraînées par la modernisation des provinces, les collectivités locales revendiquèrent leurs identités et leurs droits. Les provinces de l'Est du Canada connurent les plus grandes revendications, et le fédéralisme coopératif des années cinquante et soixante se transforma peu à peu en fédéralisme compétitif. Les collectivités locales et les provinces défendirent leurs intérêts propres, et cela modifia considérablement les relations entre elles et avec le gouvernement fédéral. Chaque entité n'agissait que pour son propre compte, se posant dans une logique de compétition par rapport à Ottawa ou par rapport aux autres provinces. Cette compétition fédérale-provinciale atteint son paroxysme au début des années quatre-vingt.

3) Les critiques envers le fédéralisme collaboratif : un déficit démocratique

L'une des critiques faite au fédéralisme *collaboratif* est exprimée par Roger Gibbins ou Alain Noël¹²⁸³. Elle consiste à penser que, les relations entre les gouvernements provinciaux et régionaux se multipliant et prenant une importance si grande, les pouvoirs des législatures s'en trouvent d'autant plus amoindris. Pour lui, le *modèle collaboratif* réduit le rôle et l'effectivité des législatures. Cela a aussi des conséquences sur les partis

¹²⁸² David Cameron and Richard Simeon, *idem*, p. 51.

¹²⁸³ Roger Gibbins, « Democratic Reservations about the ACCESS Models », *Assessing ACCESS : Towards a New Social Union - Proceedings of the Symposium of the Courchene Proposal*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1997, pp. 41 à 44; Alain Noël, "How Do You Limit A Power That Does Not Exist?", *Queen's Law Journal*, 2008-2009, 34, pp. 400 à 406.

politiques, les groupes d'intérêt et donc sur la démocratie¹²⁸⁴. Une combinaison entre décentralisation et *intergouvernementalisme* ne peut qu'éloigner les décisions des législatures et ainsi éloigner les choix des citoyens, ou tout du moins, de leurs moyens d'exercer des pressions sur les choix politiques.

Maurice Croisat et Jean-Louis Quermonne considèrent également que le fédéralisme coopératif peut être à l'origine d'un déficit démocratique¹²⁸⁵. Ils l'expliquent par plusieurs raisons. D'abord, les négociations ne font pas l'objet de publicité, ce qui rend les parlementaires et les citoyens étrangers au processus intergouvernemental. Ensuite, le lobbying est de plus en plus présent en faisant accroître, notamment, le nombre d'acteurs dans les processus de négociation. Enfin, le pouvoir exécutif étant parfois seul à agir, le Parlement voit son rôle et son poids décroître largement.

D'importantes forces font pression pour une évolution du fédéralisme de collaboration, c'est-à-dire pour un équilibre relatif des pouvoirs provinciaux et fédéraux, un haut degré d'interdépendance entre les gouvernements, une efficacité et une transparence des pouvoirs administratifs et pour améliorer la confiance des citoyens en leurs représentants pour la défense d'intérêts collectifs¹²⁸⁶. Néanmoins, le Canada connaît de graves problèmes qui conduisent davantage à une logique de confrontation : l'absence d'unité des partis au niveau national, l'absence de mobilité des hommes politiques et des fonctionnaires d'un niveau de gouvernement à un autre, les grandes différences et divisions régionales et idéologiques entre les gouvernements et l'inégalité dans la répartition des richesses parmi les provinces. Malgré ces éléments en opposition avec la logique de collaboration, le fédéralisme *collaboratif* fait partie du fédéralisme canadien ; Donald Smiley va même plus loin en écrivant que le fédéralisme *collaboratif* est une « *condition* » de celui-ci¹²⁸⁷.

¹²⁸⁴ [Le fédéralisme collaboratif] « *at least at the margins, reduce the role and effective influence of legislatures, political parties, elections, interest groups and the public. They would promote government that was less accountable, and in that sense, less democratic* » Roger Gibbins, *op. cit.*, p. 43.

¹²⁸⁵ Maurice Croisat et Jean-Louis Quermonne, *L'Europe et le fédéralisme*, 2^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 86.

¹²⁸⁶ David Cameron and Richard Simeon, *idem*, p. 71.

¹²⁸⁷ Donald Smiley, *The Federal Condition in Canada*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1987, 202 p.

La Canada a adopté un cadre de coopération intergouvernementale *pour améliorer l'union sociale pour les Canadiens* le 4 février 1999, signé par le gouvernement fédéral et neuf provinces, à l'exception du Québec. L'adoption de ce cadre sans la participation du Québec permet de souligner le respect de deux aspects et principes de la logique fédérative que sont la coopération et l'autonomie. Les conditions démographiques, géographiques, ethniques, économiques, politiques ou autres constituant la particularité et l'identité de tout ensemble doivent être respectés, et permettre de faire des choix en raison et pour la défense des ces particularités.

4) La mise en œuvre d'une forme de collaboration : la collaboration entre le Parlement et le gouvernement au Canada

Le régime parlementaire permet l'existence de mécanismes juridiques de collaboration entre le Parlement et le gouvernement. Comme le soulignent la professeure Brouillet et les professeurs Brun et Tremblay, le droit constitutionnel canadien opère une distinction entre les fonctions législative et exécutive, ainsi qu'entre les organes qui sont en charge de les mettre en œuvre. Pourtant « *chaque organe n'est pas cantonné dans l'exercice d'une seule des deux fonctions* »¹²⁸⁸. Cela signifie que si le gouvernement¹²⁸⁹ et le Parlement sont chacun spécialisés dans une fonction plutôt que dans une autre, ils exercent chacun les deux fonctions. Il existe donc une véritable collaboration entre les deux organes, mais celle-ci est organisée par des mécanismes particuliers qui sont des moyens de contrôle, de contrainte ou simplement de communication. Pour ces professeurs, il n'existe donc ni soumission, ni indépendance de l'un par rapport à l'autre

¹²⁹⁰.

Le premier mécanisme juridique de collaboration entre le Parlement et le gouvernement est le moyen de communication. De multiples mécanismes de communication existent, comme le discours d'ouverture d'une session parlementaire (appelé aussi « *discours inaugural* » ou « *discours du trône* ») pendant lequel le gouvernement peut exposer son programme politique devant les parlementaires. Ces derniers peuvent ensuite apporter des critiques au programme. Toutefois, le mécanisme essentiel concerne le double statut

¹²⁸⁸ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, p. 597.

¹²⁸⁹ Au Canada, le gouvernement désigne le cabinet, c'est-à-dire les ministres, mais également l'ensemble des organes ministériels et administratifs.

¹²⁹⁰ Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *op. cit.*, p. 598.

des ministres du gouvernement qui doivent, également, être membres du Parlement. Le Premier ministre est un parlementaire et dirigeant du parti majoritaire au Parlement. Il désigne ses ministres parmi les députés de son parti. Dans le cas où le Premier ministre désignerait un ministre qui ne serait pas député, ce dernier doit se faire élire pour pouvoir garder son poste de ministre.

Le deuxième mécanisme est le pouvoir de contrôle du Parlement et du gouvernement, l'un envers l'autre. Dans ce cas, deux situations peuvent exister pouvant faire balancer un pouvoir de contrôle plus important d'un côté que de l'autre. Si le gouvernement est le parti majoritaire au Parlement, les moyens de contrôle dont il dispose sur l'Assemblée seront plus efficaces. À l'inverse, lorsque le gouvernement est minoritaire dans les rangs du Parlement, celui-ci jouira de moyens de contrôle plus étendus. Le contrôle du gouvernement par le Parlement se fait par le biais de questions, de débats d'urgence et de débat sur le budget. Les questions, qui peuvent être écrites ou orales, sont prévues par le *Règlement de l'Assemblée nationale* et par le *Règlement de la Chambre des communes*. Le débat d'urgence, quant à lui, permet à tout député de demander l'ajournement de la Chambre pour la mise en place d'une discussion pour traiter d'une question urgente. Enfin, concernant le budget, la Chambre basse détient le pouvoir de contrôle des matières financières. Dans le cadre des mesures fiscales et des crédits budgétaires, le ministre des finances présente chaque année son programme devant les députés qui donne lieu à un débat et peut censurer le gouvernement. Le gouvernement dépose aussi devant le Parlement les demandes de crédit pour chaque ministère, ainsi que les plans annuels de gestion. Les parlementaires doivent alors voter les crédits proposés dans une loi budgétaire¹²⁹¹. Ensuite, d'autres mécanismes de contrôle permettent de contrôler les dépenses du gouvernement durant l'année financière¹²⁹². Le vérificateur général, qui est un fonctionnaire, a pour rôle de contrôler les sommes pour lesquelles des dépenses ont été votées et si elles l'ont bien été et pour les fins prévues¹²⁹³.

¹²⁹¹ Le gouvernement peut, néanmoins, autoriser par mandat spécial une dépense urgente si le Parlement ne siège pas, alors même qu'aucun crédit n'a été voté, en application de l'article 92 de la *Loi sur l'administration financière*, L.R.Q., c.A-6.001. Au fédéral, c'est l'article 30 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* qui permet de recourir aux mandats spéciaux durant la période de dissolution du Parlement. Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *idem*, p. 602.

¹²⁹² Pour le Québec, voir la *Loi sur l'administration financière*, L.R.Q., c. A-6.001 ; pour le fédéral la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), c. F-11.

¹²⁹³ Voir la *Loi sur le vérificateur général*, L.R.Q. c. V-5.01 et L.R.C. (1985), c. A-17.

Le gouvernement détient, lui aussi, un pouvoir de contrôle sur le Parlement. Il a le pouvoir de déterminer les thèmes abordés en assemblée et le temps de discussion qui sera consacré au débat¹²⁹⁴. Résultant d'une coutume royale, le gouvernement détient certaines prérogatives royales en matière législative. De plus, il garde un pouvoir de contrôle général dans toutes les matières concernant les thèmes de discussion en chambre. Il est également titulaire d'un pouvoir général sur les thèmes de discussion avec le Parlement, et ce, pour toutes les matières. Il a, par exemple, le pouvoir de décider quel projet de loi pourra être soumis aux députés. Il peut également écarter relativement facilement tout projet de loi émanant de l'Assemblée, s'il le souhaite. Concernant le temps de discussion, le gouvernement détient de larges pouvoirs. Un ministre peut déterminer arbitrairement la durée du débat relativement à une question soumise à discussion ou limiter l'étude d'un projet de loi¹²⁹⁵.

À côté des moyens de communication et des moyens de contrôle du Parlement et du gouvernement, il existe aussi des moyens plus radicaux qui sont des moyens de contrainte. Deux moyens de contrainte sont prévus entre le Parlement et le gouvernement ; chacun des deux organes ayant un procédé à sa disposition. Le gouvernement dispose du pouvoir de dissolution et le Parlement, de l'exercice de la responsabilité ministérielle. En ce qui concerne le pouvoir de dissolution du gouvernement, celui-ci peut être utilisé lorsqu'un vote de non confiance du Parlement a sanctionné le gouvernement. Selon les articles 50 et 85 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le pouvoir de dissolution appartient au Premier ministre. Il peut être utilisé à tout moment et il appartient au Premier ministre de choisir le moment opportun pour le faire¹²⁹⁶. Il existe, toutefois, une obligation pour le gouvernement d'utiliser le pouvoir de dissolution. Celui-ci doit être utilisé lorsque le gouvernement subit la censure du Parlement. Dans ce cas, le gouvernement doit dissoudre l'Assemblée et provoquer de nouvelles élections. Selon la professeure Brouillet et les professeurs Brun et Tremblay, « on peut dire que le pouvoir de dissolution force la collaboration entre l'assemblée législative et le gouvernement. De ce point de vue, la tenue d'élections à date fixe [...] aurait des effets importants sur les rapports de force entre gouvernement et parlement en

¹²⁹⁴ Cour suprême, *P.G. Québec c. Blaikie*, (1981) 1 R.C.S 312.

¹²⁹⁵ Voir les articles 57 et 78 du *Règlement de la Chambre des communes*, juin 2011.

¹²⁹⁶ Le Premier ministre est néanmoins limité dans son laps de temps car cela doit se faire durant la durée de son mandat qui est de 5 ans selon l'article 4 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (annexe B de la *Loi constitutionnelle de 1982*).

*régime parlementaire... »*¹²⁹⁷. En effet, le fait d'éliminer le pouvoir de contrainte du gouvernement sur le Parlement conduirait à déséquilibrer totalement les poids et contrepoids de ce rapport de force, et donc mettrait à mal le mécanisme de collaboration. Ensuite, et en contrepoids de ce pouvoir de dissolution, le Parlement dispose de l'exercice de la responsabilité ministérielle. En droit constitutionnel canadien, le gouvernement doit être en accord avec le Parlement et recevoir son soutien constant¹²⁹⁸. Le soutien est rompu lorsqu'une motion de censure est votée à l'encontre du gouvernement ou lorsque l'Assemblée s'oppose à une question de politique générale.

Le droit constitutionnel canadien, malgré des armes prévues pour les deux organes, laisse un poids prépondérant au gouvernement fédéral. Ce déséquilibre est le fruit de la nature-même du régime parlementaire, qui n'a jamais souhaité trouver de point d'équilibre entre les différents pouvoirs. Ce n'est donc pas une recherche d'équilibre qui est le moteur des relations entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, mais bien plutôt une recherche de collaboration.

Le principe de coopération est présent dans le système fédératif canadien, mais il a pris une forme particulière qui a été analysée comme un fédéralisme collaboratif. Le fédéralisme canadien a mis en place un mécanisme de collaboration par le biais de conférences intergouvernementales entre les ordres de gouvernement. Cette collaboration se manifeste également au niveau fédéral entre le gouvernement et le Parlement qui sont fortement liés. L'évolution de la coopération vers la collaboration ne se retrouve pas chez son voisin étasunien qui a connu un développement différent et qui a pris la forme d'une coercition.

B) Le fédéralisme coopératif aux États-Unis : de la coopération à la coercition

Le fédéralisme coopératif s'est développé aux États-Unis avec la mise en place de la politique du *New Deal* dans les années trente. Il a connu ses heures de gloire jusque dans les années soixante-dix où un virage a été pris. Le fédéralisme coopératif s'est transformé en fédéralisme *coercitif* de la part de l'entité fédérale (1). Cela a conduit ensuite à un

¹²⁹⁷ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *idem*, p. 608.

¹²⁹⁸ Voir par exemple Cour suprême, *P.G. Québec c. Blaikie* (1981) 1 R.C.S., 312.

changement de logique dans la mise en œuvre de la coopération pour devenir un fédéralisme « opportuniste »¹²⁹⁹ (2).

1) De la coopération des années trente à la coercition des années quatre-vingt

Pour John Kincaid, le fédéralisme coopératif est une conception du fédéralisme qui a dominé aux États-Unis de 1954 à 1978¹³⁰⁰. Il avait pour objectif principal l'équité sociale, et fut une réponse à l'échec d'un certain nombre de tendances de la société étasunienne : le marché d'après-guerre plutôt fermé, le racisme, la pauvreté et les droits individuels inégalement reconnus. En effet, à la suite de la crise de 1929, une majorité de la population considérait que le gouvernement fédéral devait réguler le marché pour protéger les individus et aider les collectivités qui n'avaient pas les moyens administratifs et financiers d'assurer un minimum de services publics. La Cour suprême eut un rôle important dans la reconnaissance d'un fédéralisme coopératif notamment dans la décision *National Labor Relations Board v. Jones and Laughlin Steel Corporation*¹³⁰¹, qui marque le passage d'un fédéralisme dual à un fédéralisme coopératif. Durant une vingtaine d'années, le fédéralisme coopératif fit évoluer la société étasunienne, mais lorsque les conditions de coopération changèrent à la fin des années soixante-dix, du fait, notamment, de l'élargissement du pouvoir national, une nouvelle forme de fédéralisme prit place. La crise de confiance envers le gouvernement pour agir sur l'économie joua aussi en défaveur de la coopération. L'effondrement des conditions libérales conduisit le fédéralisme coopératif à chercher de nouvelles formes de coopération. De nombreux investissements furent faits par le gouvernement fédéral pour soutenir les efforts politiques de coopération. Le gouvernement fédéral ayant acquis d'importants pouvoirs, notamment d'un point de vue financier, un fédéralisme coercitif fut mis en place. Le gouvernement fédéral réduisit sa dépendance vis-à-vis des ressources fiscales de manière à pouvoir stimuler la politique intergouvernementale de coopération et assurer sa suprématie sur les États membres.

¹²⁹⁹ Tim Conlan, « From Cooperative to Opportunistic Federalism : Reflexions on the Half-Century Anniversary of the Commission on Intergovernmental Relations », *Public Administration Review*, 2006, n°5, pp. 663-676.

¹³⁰⁰ John Kincaid, « From Cooperative to Coercive Federalism », *Annals of The American Academy of Political and Social Science*, 509, May 1990, p. 139.

¹³⁰¹ Cour suprême, *National Labor Relations Board v. Jones and Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. (1937).

Pour Jane Perry Clark, la coopération est une solution aux atteintes du gouvernement pour réguler les forces centripètes de la vie industrielle moderne et les éléments centrifuges des traditions et des intérêts des États¹³⁰². Le fédéralisme coopératif est donc vu comme un stade moyen entre réforme et réaction qui ne conduirait pas à la destruction des États, mais qui limiterait leurs envies d'émancipation en en faisant des « laboratoires de démocratie et des administrateurs de politique nationale »¹³⁰³.

2) Vers un fédéralisme opportuniste

Nous venons de le voir précédemment, le fédéralisme coopératif a connu une évolution depuis la période suivant la seconde guerre mondiale et ses objectifs ainsi que ses modalités de réalisation ont été fondamentalement modifiés. Le cas des États-Unis offre un exemple particulier d'évolution. Tim Conlan, présentant l'évolution du fédéralisme coopératif étasunien, montre que les conditions de la coopération ont créé une source de conflits nouveaux et une véritable complexité des relations à cause des nouvelles forces en présence et des problèmes que la coopération a engendrés¹³⁰⁴. La forte augmentation des intrusions fédérales dans les compétences des États membres, que ce soit au niveau des aides conditionnelles accordées ou des influences administratives dans les gouvernements régionaux, a dénaturé l'essence même de la coopération en la transformant en logique de subordination et non pas d'égalité et de collaboration. De plus, le fédéralisme coopératif est passé d'une logique managériale intergouvernementale à une logique managériale de performance¹³⁰⁵. Cela a également eu des conséquences négatives sur l'essence de la coopération, puisque la recherche de performance a d'autant moins permis de trouver des solutions à des gouvernements régionaux ou locaux en difficulté financière et nécessitant des soutiens par des politiques conjointes. Enfin, la politique fiscale fédérale, qui s'organisait autour du respect des gouvernements étatiques et locaux, s'est muée en une politique d'indifférence, voire de mépris à leur égard¹³⁰⁶. Cela a conduit à envisager le fédéralisme coopératif, non plus dans un but commun et

¹³⁰² Jane Perry Clark, *The Rise of a New Federalism : Federal-State Cooperation in the United States*, New York, Columbia University Press, 1938, pp. 3 et 4.

¹³⁰³ Jane Perry Clark, *op. cit.*, p. 4.

¹³⁰⁴ Tim Conlan, « From Cooperative to Opportunistic Federalism : Reflections on the Half-Century Anniversary of the Commission on Intergovernmental Relations », *Public Administration Review*, September/October 2006, pp. 663-676.

¹³⁰⁵ Tim Conlan, *idem*, p. 668.

¹³⁰⁶ Tim Conlan, *idem*, p. 666.

collectif, mais comme un moyen d'obliger à suivre des politiques voulues par des groupes minoritaires, poursuivant des intérêts réduits et propres à une minorité. On serait donc passé d'un fédéralisme coopératif à un fédéralisme « *opportuniste* »¹³⁰⁷, c'est-à-dire un fédéralisme dans lequel un ordre de gouvernement a pris le pas sur les autres.

L'évolution du fédéralisme coopératif aux États-Unis a été bien différente de celle du cas canadien. Le principe de coopération qui s'est véritablement développé à la suite du second conflit mondial a pris la forme à la fin des années soixante-dix d'un fédéralisme conduit par le gouvernement fédéral. Le fédéralisme coopératif serait donc devenu un fédéralisme coercitif ou « *opportuniste* ».

C) L'évolution du fédéralisme coopératif au Brésil

Dès l'entrée en vigueur de la *Constitution de 1891*, le système fédératif brésilien mit en place une organisation mettant en avant l'État membre¹³⁰⁸. Empêchant la sphère fédérale de coordonner les diverses relations et d'orienter les politiques à suivre, le fédéralisme brésilien de cette époque conduisit à permettre le développement des États les plus riches, laissant de côté les États les moins favorisés. La notion de « *calamités nationales* » déclancha une première évolution dans la coopération entre les différentes sphères de gouvernement¹³⁰⁹. À partir de cette période, une brèche fut ouverte et le système de coopération fut amélioré, et intégré notamment dans les textes constitutionnels de 1934 et 1946¹³¹⁰. Dans le nouveau *modèle*, le gouvernement fédéral acquit un rôle prédominant, organisant et coordonnant, lui-même, les procédures de coopération. Il fonda sa prépondérance sur la logique de développement national et organisa la maîtrise du système par les aides financières qu'il accorda aux États et aux municipalités. Le développement des relations intergouvernementales avait pour objectif d'améliorer le processus politico-administratif entre les multiples sphères de gouvernement dans le développement général du pays.

¹³⁰⁷ Tim Conlan, *idem*, p. 667.

¹³⁰⁸ Ana Maria Brasileiro, « O Federalismo Cooperativo », *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n°39, julho de 1974, p. 95.

¹³⁰⁹ Raul Machado Horta, « Tendências do federalismo brasileiro », *Revista brasileira de estudos políticos*, n°28, janeiro de 1970, p. 12 ou Ana Maria Brasileiro, *op. cit.*, p. 96.

¹³¹⁰ Ana Maria Brasileiro, *idem*, p. 96.

Originellement, les relations intergouvernementales dans les systèmes fédératifs étaient guidées par la protection des intérêts de chaque État membre¹³¹¹. Toute interférence d'un ordre de gouvernement dans les domaines de compétence d'un autre était vue comme abusive durant l'époque de valorisation ultime de l'entité fédérale. Toutefois, le développement des relations internationales, tant aux niveaux commercial, économique que diplomatique, conduisit à un accroissement du rôle de l'entité fédérale par l'acquisition de nouveaux champs de compétence. Le rôle de l'entité fédérale s'étant aussi accru par le développement de l'action dans les domaines de la sécurité nationale, social et de la santé, cela ne fit qu'amplifier le phénomène de prédominance de l'entité fédérale.

Face à un mouvement centripète de concentration des pouvoirs, se développa également une tendance centrifuge. Ainsi, à partir des années soixante-dix, le fédéralisme coopératif fit son retour, existant à côté d'un fédéralisme *participatif*. Les trois ordres de gouvernement du système fédératif brésilien étaient donc intimement liés¹³¹².

La notion d'autonomie subit également une évolution dans sa définition puisqu'on se rendit compte qu'elle ne se manifestait pas seulement par un pouvoir politique et administratif propre, protégé par le texte constitutionnel, c'est-à-dire une simple capacité d'action et de décision, mais qu'elle impliquait la capacité financière de pourvoir à ses besoins.

Pour saisir correctement la notion de coopération telle qu'elle est entendue dans le système fédératif brésilien, nous nous arrêterons successivement sur les trois étapes constitutionnelles de la construction de la notion de coopération : premièrement, sur la coopération telle que prévue par la Fédération issue de la *Constitution de 1891* (1) ; deuxièmement, sur l'évolution apportée à la notion de coopération par les *Constitutions de 1934 et 1946* (2) ; troisièmement, nous verrons le renforcement de la coopération à partir des années soixante (3).

¹³¹¹ C'était le cas de la Fédération étasunienne, par exemple, voir *The Federalist* dans lequel les défenseurs de la Fédération s'emploient à vanter les mérites d'une alliance entre les treize États, tout en leur laissant de larges pouvoirs quant à la gestion de leurs affaires.

¹³¹² Ana Maria Brasileiro, *idem*, p. 87.

1) La coopération dans la Fédération brésilienne de 1891

La *Constitution de 1891* prévoyait l'autonomie politique des entités fédérées et notamment des municipalités. L'article 68 indiquait ainsi que « *(l)es États s'organisent de telle manière que soit assurée l'autonomie des municipalités et leur intérêt particulier* ». L'article 65-2, allant dans le sens d'une plus grande autonomie des entités composantes, réduisait les champs d'action du pouvoir fédéral. Pour suivre cette même logique, les relations intergouvernementales n'étaient pas favorisées et l'aide financière de l'Union n'était prévue qu'en cas de situation extrême. Seule une réforme constitutionnelle, en 1925-1926, prévint la possibilité offerte à l'Union d'intervenir dans les États afin de garantir l'autonomie municipale¹³¹³. L'intervention des États, elle, ne fut pas envisagée, même si les constitutions de certains États se rapportaient à des interventions précises.

La répartition des pouvoirs d'imposition selon la *Constitution de 1891* donnait la compétence à l'Union pour les impôts relatifs à l'importation, aux droits de transit des navires et aux cachets. Les États, quant à eux, se voyaient confier les impôts relatifs à l'exportation de marchandises, aux immeubles ruraux et urbains, à la transmission de propriété, aux industries et aux emplois. Les municipalités ne disposaient pas de pouvoirs fiscaux¹³¹⁴.

Pour autant, une forme de coopération peut être perçue par l'existence d'une possibilité d'intervention de l'Union dans les États. Malgré le texte constitutionnel fédératif, deux mécanismes exogènes au système apparurent durant cette période¹³¹⁵. D'abord concernant une intervention politique et ensuite concernant une participation financière permanente. La notion de calamités nationales et d'aide de l'entité fédérale aux entités régionales lors de telles situations permit d'inaugurer les relations intergouvernementales. À partir de là, se développa la coopération par différentes techniques : le prêt d'équipements fédéraux aux États, l'aide complémentaire fédérale pour la construction de routes et l'affectation de deux pour cent des recettes de la République pour les dépenses relatives à l'irrigation de terres dans le Nordeste du Brésil.

¹³¹³ Voir Ana Maria Brasileiro, *idem*, p. 92.

¹³¹⁴ Articles 7 et 9 de la *Constitution de 1891*.

¹³¹⁵ Voir Ana Maria Brasileiro, *idem*, p. 94.

2) La première évolution du fédéralisme coopératif dans les années 30

L'expansion des pouvoirs de l'entité fédérale, la création de mécanismes de coopération et d'intégration gouvernementale ainsi que la redéfinition de l'autonomie des municipalités vont être des vecteurs d'évolution du législateur constitutionnel de 1934 par rapport à la *Constitution de 1891*¹³¹⁶. Cela va donner les bases du fédéralisme coopératif au Brésil pour la future Constitution de 1946. L'article 9 de la *Constitution de 1934* énonce « *E facultado à União a aos Estados celebrar acordos para melhor coordenação e desenvolvimento dos respectivos serviços (...)* »¹³¹⁷.

La *Constitution de 1934* va établir, au profit de l'Union, un devoir d'organisation d'un service national de lutte contre les épidémies. Elle aura la responsabilité de prendre financièrement en charge ce service ainsi que sa direction technique et administrative dans les cas où cela n'entre pas dans les compétences des gouvernements locaux¹³¹⁸. Cela s'apparente donc à une forme de subsidiarité. La Constitution va également lui donner la charge d'agir dans les cas de sécheresse dans les États du Nord et d'élaborer un plan d'action de prévention¹³¹⁹. L'intervention de l'Union se fera donc en coopération avec l'État membre concerné.

La *Constitution de 1937* changea radicalement de direction et mit en place un schéma unitaire de gouvernement¹³²⁰, ce qui ne permettait pas de parler de fédéralisme, même si le texte constitutionnel continuait à consacrer cette forme de l'État brésilien.

La *Constitution de 1946* établit le principe d'autonomie des municipalités par l'augmentation de sa base financière¹³²¹. Elle adopta quatre types de mesures se rapportant au fédéralisme coopératif : elle établit l'autonomie politique des municipalités par une administration propre (élection de conseillers municipaux et du maire) et l'organisation des services publics locaux¹³²². Elle permet l'intervention de l'Union dans les États pour garantir l'autonomie des municipalités¹³²³, elle limita les cas d'intervention

¹³¹⁶ Raul Machado Horta, « Tendências do federalismo brasileiro », *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n°28, janeiro de 1970, p. 20.

¹³¹⁷ « Il est possible à l'Union et aux États de conclure des accords pour une meilleure coordination et un meilleur développement de leurs services (...) » (traduit par nous).

¹³¹⁸ Article 140 de la *Constitution de 1934*.

¹³¹⁹ Article 177 de la *Constitution de 1934*.

¹³²⁰ Voir Raul Machado Horta, *op. cit.*, p. 25.

¹³²¹ Ana Maria Brasileiro, « O Federalismo Cooperativo », *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n°39, julho de 1974, p. 98.

¹³²² Article 28 de la *Constitution de 1946*.

¹³²³ Article 7, VII-e de la *Constitution de 1946*.

des États dans les municipalités à deux hypothèses concernant le redressement des finances¹³²⁴ et elle étendit la base financière des municipalités grâce à une réserve alimentée par l'impôt sur les sociétés et les profits ainsi que la distribution de dix pour cent de l'impôt sur le revenu aux municipalités¹³²⁵.

Face aux larges compétences de l'entité fédérale, parmi lesquelles se trouve le droit de battre et d'émettre monnaie, qui est une compétence de grande ampleur et la capacité dans les domaines de législation ordinaire, les États et les municipalités se sont vus accorder un système de coopération administrative et financière, pour défendre leur autonomie.

3) Le renforcement de la coopération dans les années 60

Les crises économiques et politiques qui touchèrent le Brésil conduisirent à réorganiser en profondeur le système fédératif brésilien. Le nouveau système maintint une autonomie politique pour les États et les municipalités, mais y intégra des éléments de contrôle permettant d'assurer la coordination et l'intégration des trois ordres de gouvernement¹³²⁶. Les hypothèses d'intervention de l'entité fédérale dans les États et les municipalités furent également modifiées. Les cas prévus furent multipliés, donnant à l'Union le droit d'intervenir, en sus de raisons financières comme cela était déjà le cas, pour assurer la sécurité nationale, la moralité publique, le respect des principes constitutionnels, ainsi que l'harmonie et l'intégration de l'action du gouvernement¹³²⁷.

La *Constitution de 1967* consacra l'extension des pouvoirs fédéraux tout en maintenant un fédéralisme coopératif dominé par le gouvernement de l'Union. Le Premier Plan national de Développement¹³²⁸ (P.N.D.) fut une manifestation de cette coopération intergouvernementale. Il visait à établir un équilibre entre l'Union et les États membres dans la conduite des politiques publiques¹³²⁹.

¹³²⁴ Article 23 de la *Constitution de 1946*.

¹³²⁵ Articles 15, 20 et 21 de la *Constitution de 1946*.

¹³²⁶ Raul Machado Horta, *idem*, pp. 27 à 37.

¹³²⁷ Voir par exemple le décret présidentiel n°55.082 du 26 novembre 1964.

¹³²⁸ *Primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento* (PND) institué par la Loi 5727 du 4 novembre 1971.

¹³²⁹ Le P.N.D. avait pour but de trouver un « (é)quilibre entre Union et États, en termes de fédéralisme coopératif, pour un meilleur respect de la tradition brésilienne et l'impératif d'une plus grande efficacité opérationnelle du secteur public. Il revient à l'Union de définir la stratégie et les priorités nationales, transférant aux États l'exécution des domaines de compétence locale, assurant, en même temps,

Les relations intergouvernementales dans les années soixante-dix se développèrent à de multiples niveaux¹³³⁰. Elles concernaient les relations entre l'Union et les États, l'Union et les municipalités, entre l'État et les municipalités, les États entre eux et les municipalités entre elles. Suivant cette logique, chaque sphère de gouvernement se décomposait en une série d'organes. Pour que l'action gouvernementale puisse être efficace, elle devait prendre en compte la dimension horizontale des divers organes d'une même sphère de gouvernement et la dimension verticale des organes d'une sphère avec ceux d'une autre. Un véritable effort était donc nécessaire pour la coordination et l'intégration de l'action gouvernementale, tantôt verticale, tantôt horizontale. Pour cela, le travail de l'entité fédérale fut donc primordial.

4) *La coopération dans la Constitution de 1988*

La *Constitution fédérative de 1988* envisage davantage de coopération. Le texte constitutionnel prévoit l'application de ce principe de manière générale¹³³¹. La coopération est également prévue dans divers domaines comme l'éducation, la santé, la sécurité ou le domaine social¹³³².

Néanmoins, cette coopération n'est vue que comme une coopération *de façade* puisque les pouvoirs de l'Union lui permettent d'agir seul lorsqu'il est question d'un intérêt national. Dans ce type de cas, le gouvernement fédéral utilise son influence pour convaincre le Congrès qu'il existe une urgence et qu'il existe un besoin d'agir législativement. Certains auteurs parlent dans ce cas de fédéralisme « *collusoire* »¹³³³.

Il est également considéré que depuis les années 90, le fédéralisme brésilien est devenu compétitif. Cela résulte du fait de la redistribution verticale des ressources¹³³⁴. En effet, les États et les municipalités ont bénéficié d'une croissance importante de transferts intergouvernementaux, cependant, la majorité des ressources financières ne furent pas

l'intégration des actions pour éviter les doublons et les oublis. Il revient aux États d'assurer la coordination des municipalités qui le composent ».

¹³³⁰ Ana Maria Brasileiro, *op. cit.*, p. 115.

¹³³¹ Article 23 de la *Constitution fédérative de 1988*.

¹³³² Marcelo Piancastelli, « The Federal Republic of Brazil », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol.2, McGill – Queen's University Press, 2006, p. 75.

Voir l'article 30 aux points VI et VII de la *Constitution de 1988*.

¹³³³ Voir Marcelo Piancastelli, *ibidem*.

¹³³⁴ Fernando Perobelli et Marcelo Piancastelli, « ICMS : Evolução Recente e Guerra Fiscal », *Texto Para Discussão n°402*, Brasília, IPEA, 1996, pp. 7-53.

utilisées pour les objectifs déterminés. Au lieu de servir à améliorer les conditions sociales et réduire les inégalités, elles furent utilisées pour stimuler les nouveaux investissements de manière à augmenter les ressources fiscales et créer de l'emploi¹³³⁵. Ceci conduisit à une compétition entre États et municipalités.

La coopération peut être identifiée dès le début du fédéralisme brésilien. C'est notamment par la possibilité d'une intervention de l'entité fédérale dans les États en cas de « *calamités nationales* » que les prémices de la coopération furent établies. La première moitié du XX^{ème} siècle oscilla entre différents degrés de coopération en fonction des régimes politiques en place et c'est à partir des années soixante qu'une véritable coopération se fit connaître, notamment par des politiques d'intervention de l'entité fédérale dans les États et les municipalités et par des mesures de coordination. La Constitution actuelle prévoit formellement la coopération, mais il semble que cette coopération s'apparente souvent à une intervention unilatérale ou dominée par le gouvernement fédéral en cas de relation verticale et que la compétition entre États est manifeste, dans une perspective horizontale.

La coopération est bien présente dans les trois systèmes fédératifs américains. Son adaptation à chaque cas a pris des formes variables : c'est un fédéralisme collaboratif qui existe au Canada et qui se distingue du fédéralisme coercitif étasunien, bien plus soumis au bon vouloir de l'ordre fédéral. La collaboration canadienne s'organise davantage sous la forme de rencontres intergouvernementales, ce qui laisse aux gouvernements des entités fédérées davantage de poids. La coopération au Brésil s'apparente à la coopération, telle qu'elle est envisagée aux États-Unis. Le gouvernement fédéral dispose d'un pouvoir très important pour imposer ses décisions, mais il laisse aussi la possibilité aux États membres de décider dans certains cas, favorisant une forme de compétition interétatique.

¹³³⁵ Marcelo Piancastelli, *ibidem*.

§ 3 La coordination financière et l'harmonisation dans les Fédérations canadienne et étasunienne

Selon Ana Maria Brasileiro, la base de la coopération repose sur la dimension financière, car sans moyens financiers, il n'y a aucun moyen de mettre en œuvre les fruits de la collaboration¹³³⁶. Pour cela, l'entité fédérale, qui détient généralement la plus grande part des ressources publiques, doit aider et soutenir les États et les gouvernements locaux.

La coopération financière se réalise par différents moyens. Elle peut se faire par des mécanismes constitutionnels qui déterminent les moyens rassemblés par une entité de la Fédération. Elle peut également se faire par le biais d'aides, de subventions ou de prêts non prévus par le texte constitutionnel. Ces types d'aides peuvent être conditionnels, c'est-à-dire impliquant un résultat ou un moyen précis à suivre ou à atteindre, ou bien inconditionnels. Selon les membres de la doctrine fédérative, il n'existe pas de *modèle-type* de partage des tâches publiques entre le fédéral et les États membres. Pour illustrer cet aspect de la coopération que sont la coordination ou l'harmonisation, nous prendrons les cas du Canada et des États-Unis qui sont des exemples caractéristiques, le Brésil n'offrant que peu de différences avec le cas canadien.

Ainsi, la coopération financière peut résulter d'une harmonisation des règles budgétaires et fiscales (A) ou d'une coordination fiscale et financière (B).

A) L'harmonisation des règles budgétaires et fiscales

La coordination des institutions budgétaires et fiscales va permettre une harmonisation des règles budgétaires (1) ainsi qu'une harmonisation des règles fiscales (2).

1) L'harmonisation des règles budgétaires

Une coordination des pratiques s'est faite en matière de présentation comptable des documents budgétaires¹³³⁷. Il a fallu les rendre de forme identique. Cette coordination de la présentation comptable a été la conséquence de l'uniformisation du droit budgétaire. Au Canada, cela a commencé à la fin des années soixante, du fait de difficultés rencontrées en matière de coordination intergouvernementale des politiques budgétaires.

¹³³⁶ Ana Maria Brasileiro, *idem*, p. 122.

¹³³⁷ Jean Anastopoulos, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1979, p. 373.

Ces difficultés de coordination résultaient de la diversité des institutions dans chaque province et des méthodes budgétaires variables selon les différentes collectivités.

Un problème identique s'est posé aux États-Unis à la suite de la création du *General Accounting Office*, dont le rôle était de contrôler la légalité des opérations financières ainsi que de vérifier les objectifs des programmes fédéraux de subventions aux États.

L'harmonisation des règles budgétaires n'est donc pas un phénomène étendu à chaque Fédération ni à l'intérieur de chacune d'elles. Elle peut exister pour des cas précis comme dans le cadre budgétaire, mais n'est pas fondamentalement une règle essentielle dans la logique fédérative.

2) L'harmonisation des règles fiscales

L'harmonisation fiscale peut se réaliser sur deux plans, l'un vertical, l'autre horizontal. L'harmonisation verticale consiste à harmoniser des impôts fédérés et fédéraux de même nature, et l'harmonisation horizontale vise à une harmonisation des systèmes ou d'impôts entre États membres.

L'harmonisation verticale provient généralement d'un retrait de la part du fédéral de certaines ressources. La perte engendrée par le désengagement financier de la fédération est compensée par une participation fiscale des États membres. L'harmonisation est alors permise par deux instruments particuliers : le crédit d'impôt ou l'abattement fiscal. Selon Jean Anastopoulos, les États-Unis et le Canada ont tous deux utilisé de telles techniques¹³³⁸, le premier, depuis les années trente, et le second à partir du début des années soixante. Ce recours à l'harmonisation par voie de crédits d'impôt a été choisi pour résoudre le problème de la détention, par l'entité fédérale, des sources de recettes provenant de l'impôt sur le revenu et de l'impôt sur les successions. Cela signifie que lorsque les bases d'un impôt fédéré et d'un impôt fédéral sont les mêmes, le gouvernement fédéral a la possibilité de déduire une part de l'impôt fédéré de son impôt, de manière à réduire la charge du contribuable à l'entité fédérale. Ce système permet d'empêcher toute surimposition du fait de l'addition de deux impôts ayant la même base. Les États fédérés et le gouvernement fédéral peuvent ainsi percevoir chacun une part

¹³³⁸ Jean Anastopoulos, *op. cit.*, p. 379.

d'impôt dans le même domaine fiscal. Les États étasuniens ayant eu recours à cette technique se sont ainsi familiarisés avec une coordination des bases fiscales.

L'harmonisation horizontale consiste, quant à elle, à harmoniser les systèmes fiscaux des États membres de la Fédération. Ce type d'harmonisation ne peut exister que lorsque les États entretiennent des relations de rapprochement et souhaitent travailler de concert, ce qui n'est pas le cas aux États-Unis où les États sont en situation de concurrence permanente et de divergence d'intérêts. Il en va différemment au Canada, par exemple, où des accords ont été signés entre les provinces concernant la perception de l'impôt sur le revenu des personnes.

L'harmonisation semble donc davantage se rapporter à un instrument utilisé en fonction de certaines conditions existant dans un système, qu'à une tendance propre au système fédératif.

B) La coordination fiscale et financière

La coordination fiscale des entités de la Fédération peut se réaliser soit de manière ponctuelle lorsque cela est nécessaire, soit de manière régulière lorsqu'une institutionnalisation des procédures est prévue. En cas de coordination ponctuelle, les administrations fiscales coordonnent leurs actions et leurs plans (1), ce qui diffère de la coordination régulière réalisée par la coopération d'institutions communes (2).

1) La coordination des administrations fiscales

Cette situation s'est produite aux États-Unis lors de la séparation des pouvoirs fiscaux avec le principe de perception par chaque ordre de gouvernement de ses impôts. Il a fallu coordonner trois systèmes fiscaux différents concernant l'imposition sur le revenu. Cela a nécessité une coopération importante. Selon Jean Anastopoulos, la première forme de coordination aux États-Unis résulte de la loi *Revenue Act 1926* qui mettait en place un système d'échanges d'informations¹³³⁹. Cette loi permettait aussi aux États de savoir comment était utilisé l'impôt fédéral sur les personnes physiques. Cela a été étendu aux impôts sur les sociétés et sur les droits de succession. Les collectivités locales ont, elles aussi, pu partager ces informations, ce qui a élargi la sphère de coopération. En 1949, le

¹³³⁹ Jean Anastopoulos, *idem*, p. 384.

Bureau of Internal Revenue (qui deviendra ensuite l'*Internal Revenue Service*) permit l'échange d'informations avec l'administration fiscale fédérale¹³⁴⁰. Puis, en 1957, des accords de coordination administrative dans le domaine fiscal furent passés entre l'entité fédérale et quatre États. En 1972, la loi sur l'assistance financière prévoit la conclusion d'accords concernant la perception des impôts sur le revenu par les États et les collectivités locales. Du fait d'une relative coordination fiscale constitutionnelle entre les politiques fiscales des États et du gouvernement fédéral, des effets se produisirent dans les États à la suite d'une modification de certains taux d'imposition de l'entité fédérale. En effet, en 2001 le gouvernement fédéral réduisit ses taux d'imposition, ce qui eut pour conséquence une diminution des taux d'imposition des États et donc des revenus de ceux-ci.

2) La coopération financière à travers des institutions communes

Elle consiste en la création d'institutions visant à coordonner les politiques et les actions financières des collectivités associées. La coordination des collectivités par des institutions conduit à la coopération des différentes entités de la Fédération dans des domaines qui peuvent être politiques, administratifs, financiers et économiques. Ces organismes de coopération fédérale-fédérée ou inter-fédérée peuvent prendre la forme de conférences, de bureaux ou d'organismes, selon la composition que les entités veulent leur donner et selon leur composition.

Il convient de s'arrêter un instant sur le cas du Canada et des conférences fédérales-provinciales (a) puis sur la faible institutionnalisation des relations de coopération aux États-Unis (b).

a) Les conférences fédérales-provinciales au Canada

Au Canada, la coopération intergouvernementale consiste en l'existence de comités et de conférences¹³⁴¹. Une conférence de ministres dirige un organisme permanent composé de sous-ministres et de hauts fonctionnaires. Plusieurs comités techniques ont en charge une mission particulière dans un domaine précis. Des conférences « *fédérales-provinciales* », relatives à des sujets de politique nationale et générale, réunissent les Premiers ministres,

¹³⁴⁰ Jean Anastopoulos, *ibidem*.

¹³⁴¹ André Tremblay, *Droit constitutionnel*, Montréal, Thémis, 2^{ème} éd., 2000, p. 204.

fédéral et provinciaux, ainsi que des ministres et des fonctionnaires. Ces conférences, qui ne reposent sur aucune disposition de nature constitutionnelle, sont à l'origine de la majorité des mécanismes de coopération et de coordination intergouvernementale. Les accords qui en résultent doivent être approuvés par le Parlement fédéral et les législatures provinciales. Pourtant, en pratique, si ces derniers approuvent les accords, cela n'est important que d'un point de vue formel, car leur poids sur le contenu des mesures prises dans les accords est très relatif¹³⁴². Selon Jean Anastopoulos, les accords pris lors des conférences intergouvernementales, mettant en place des programmes fédéraux-provinciaux, « sont une forme d'obligation contractuelle qui impose certaines limites à l'autonomie, tant du Parlement fédéral que des assemblées législatives provinciales »¹³⁴³.

b) La faible institutionnalisation des relations de coopération aux États-Unis

L'harmonisation fiscale entre États est très limitée malgré les actions d'associations pour uniformiser les législations fiscales et la gestion des recettes, comme la *National Tax Association* ou la *National Association of Tax Administrators*. Les relations entre États sont plus souvent des relations de concurrence que des relations de coopération¹³⁴⁴. L'harmonisation des fiscalités provient donc davantage de la coopération entre les États et le fédéral.

Aux États-Unis, la coopération intergouvernementale ne se réalise pas dans le cadre d'événements et d'organismes créés à cet effet. Pour la plus grande part, les relations intergouvernementales se font par le biais des programmes de subventions conditionnelles¹³⁴⁵. L'entité fédérale détermine les orientations régionales par les subventions qu'elle octroie aux collectivités locales généralement sans négociation, ce qui conduit à une véritable réduction de l'autonomie des entités fédérées qui ne peuvent faire des choix de politique générale. Le fait que les collectivités soient dépendantes

¹³⁴² Voir Gérard Veilleux, *Les relations intergouvernementales au Canada, 1867-1967*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 1971, p. 96 et s. ; ou J. J. Lynn, « Federal-Provincial Fiscal Relations », *Studies of the Royal Commission on Taxation*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, n°23, décembre 1964, p. 168 cités par Jean Anastopoulos, *idem*, p. 387, note 26.

¹³⁴³ Jean Anastopoulos, *ibidem*.

¹³⁴⁴ Christophe Heckly et Eric Oberkamp, *La subsidiarité à l'américaine : quels enseignements pour l'Europe ?*, Paris, l'Harmattan, 1994, p. 159; voir également John Kincaid, « From Cooperative to Coercive Federalism », *Annals of The American Academy of Political and Social Science*, 509, May 1990, p. 151.

¹³⁴⁵ Deil S. Wright, « Intergovernmental Relations », in Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *Federalism in America*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 2006, pp. 341 à 349 et Robert Agranoff, « Intergovernmental Management », in Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *idem*, p. 337.

financièrement et qu'elles ne puissent déterminer elles-mêmes le type de dépenses qu'elles souhaiteraient réaliser, donne à l'autonomie des collectivités un caractère très limité. Ainsi, la coordination est davantage une relation de subordination et de décision unilatérale qu'une véritable coopération¹³⁴⁶. Toutefois, si dans ce que nous venons d'expliquer, il est surtout question de l'action du pouvoir exécutif, il convient de nuancer notre propos en soulignant que la procédure législative joue également un rôle important dans le domaine des relations intergouvernementales. C'est notamment par les sous-comités de la Chambre des Représentants et du Sénat, en charge des relations intergouvernementales, que de nombreuses recommandations se font¹³⁴⁷. De plus, une commission consultative sur les relations intergouvernementales¹³⁴⁸ agit dans ce domaine. C'est un organisme représentatif de nombreux secteurs de la vie publique¹³⁴⁹. Son rôle est notamment de réunir des représentants du gouvernement fédéral, des États et des administrations locales pour travailler sur des problématiques communes, la gestion de ces problématiques d'un point de vue administratif et des opportunités de subventions fédérales, puis leur application. Si les rapports de cette commission n'ont pas de grande influence sur les décisions prises par l'autorité fédérale, les études contenues dans ses rapports sont utilisées à titre informatif.

En ce qui concerne les relations de coopération interfédérées, des organismes consultatifs interétatiques ou étatiques existent, même si leur poids dans les prises de décision reste plus limité. Plusieurs organismes ont une importance toute particulière car ils ont permis de développer la coopération interrégionale dans de nombreux secteurs : la Conférence nationale des Législatures des États, le Conseil des Gouvernements des États et la Conférence des Gouverneurs¹³⁵⁰.

¹³⁴⁶ Voir W. Brooke Graves, *American Intergovernmental Relations*, New York, Scribners, 1964, pp. 100 et s.

¹³⁴⁷ Martha Derthick, « « US Congress », in Joseph R. Marbach, Ellis Katz and Troy E. Smith, *idem*, p. 659.

¹³⁴⁸ Advisory Commission on Intergovernmental Relations

¹³⁴⁹ Il est composé de vingt-six membres, dont six désignés par le Président des États-Unis, trois qui sont des sénateurs désignés par le Président du Sénat, puis le Président des États-Unis désigne ensuite trois gouverneurs après proposition de huit gouverneurs par la Conférence des gouverneurs, puis trois autres gouverneurs sont désignés après proposition du Conseil des Gouvernements des États, quatre sont désignés après proposition de la Conférence des maires et trois sont enfin désignés après proposition de l'Association nationale des fonctionnaires de comtés.

¹³⁵⁰ Voir John Dinan, « United States of America », in Katy Le Roy and Cheryl Saunders, *A Global Dialogue on Federalism – Legislative, Executive, and Judicial Governance in Federal Countries*, vol. 3, Montreal & Kingston – London- Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2006, pp. 333 et 334.

Au sein du principe de coopération, l'harmonisation et la coordination sont des aspects particuliers de sa mise en œuvre. Pour autant, si ces deux manifestations du principe de coopération peuvent se retrouver dans certaines Fédérations, ce n'est pas le cas dans toutes et elles ne sont pas mises en œuvre de manière identique. Il convient d'indiquer également que ces deux aspects de la coopération que sont l'harmonisation et la coordination ne recouvrent pas la même portée. Le premier est beaucoup plus fort que le second car il conduit à unifier le champ dans lequel une harmonisation est souhaitée. Le second est quant à lui bien plus modéré puisqu'il permet de maintenir les différences entre les acteurs ou les secteurs qui recherchent une coordination. Il est pour cela plus proche de la logique fédérative qui ne doit pas conduire à l'unification.

CONCLUSION

Les quatre grands principes organisant la logique de recherche d'équilibre du fédéralisme sont présents dans les trois Fédérations américaines étudiées. Ils représentent quatre principes structurants de la **définition** du fédéralisme. Ces principes d'autonomie, de séparation, de participation et de coopération régulent les forces contradictoires, mais également complémentaires, de toute Fédération. Ils permettent de préserver une autonomie nécessaire des entités composant la Fédération, tout en leur donnant la possibilité d'agir dans la Fédération, verticalement ou horizontalement, et de ne pas voir leurs pouvoirs empiétés par une autre entité, notamment fédérale. Ces principes si contradictoires, nous l'avons dit, sont néanmoins complémentaires et nécessaires au respect de la logique fédérative, qui permet de faire coexister la diversité dans l'unité.

Cependant, ces principes sont différemment respectés dans les Fédérations étasunienne, canadienne et brésilienne. Ainsi, l'autonomie des entités brésiliennes jouit d'une reconnaissance dans le texte constitutionnel fédératif, mais l'application de ce principe ne correspond pas à sa reconnaissance constitutionnelle. À côté, les provinces canadiennes ne jouissent que d'une autonomie toute relative selon les textes constitutionnels, à la différence des États étasuniens.

De la même façon, la participation des entités fédératives varie selon les cas. Si les États étasuniens et les États brésiliens exercent leur pouvoir de participation par le biais du Sénat fédéral, composé de représentants des États et participant à la procédure législative, les provinces canadiennes ne sont pas représentées au sein du Sénat fédéral. Leur participation ne s'effectue donc pas dans la procédure législative, mais exécutive puisque chaque province est associée aux rencontres fédérales-provinciales qui régulent largement les relations verticales.

Enfin, concernant le principe de coopération, les mises en œuvre sont radicalement variées dans les trois Fédérations américaines. Ce principe n'est pas mis en place comme tel dans la Fédération canadienne : il est plutôt remplacé par le principe de collaboration, qui s'en différencie en ce qu'il permet davantage d'autonomie des entités que pour la coopération. Cette collaboration est notamment mise en œuvre par les relations intergouvernementales au sein de la Fédération canadienne, qui réunissent l'entité fédérale, les provinces et les régions. La situation est différente aux États-Unis, puisque la coopération semble avoir largement disparu, remplacée par une véritable

coercition de la part du gouvernement fédéral¹³⁵¹. Celui-ci détient un important pouvoir financier sur les États, réduisant ceux-ci à utiliser leur autonomie dans le cadre des procédures de coopération. Au Brésil, la situation est encore différente puisqu'il faut intégrer le niveau municipal qui détient des pouvoirs législatif et exécutif, lui donnant la possibilité de participer à la logique de coopération. L'existence d'un niveau municipal modifie donc les relations entre les différentes entités et permet à ces dernières d'avoir un poids sur certains types de décisions.

Ce qui ressort clairement de l'analyse de ces quatre principes est la capacité d'évolution dans la mise en œuvre de ces principes, dans les trois Fédérations et selon les époques. Les entités de la Fédération sont parfois fortes dans le processus de collaboration, de participation et subissent, dans d'autres temps, l'influence d'une autre entité. Ainsi, la tendance varie dans un sens fédéral lorsque ce dernier jouit d'un pouvoir d'influence ou de contrôle indirect certain sur les entités étatiques et locales, réduisant la coopération, l'autonomie et la participation au respect de la volonté fédérale. Ou bien la tendance varie dans un sens régional, lorsque les gouvernements étatiques ou locaux peuvent utiliser leurs pouvoirs de manière totale et peser sur les relations horizontales et verticales.

Nous pensons donc que ces quatre grands principes ne doivent pas être vus comme un cadre fixe et propre à toute Fédération qui formeraient les éléments de définition d'un *modèle*. Il n'existe pas de situation d'équilibre dans les trois Fédérations qui aurait pu illustrer une situation « *idéale* » et donc un *modèle*. Ces principes font l'objet de renforcements ou d'affaiblissement selon les périodes et les tendances politiques. Bien au contraire, de par les multiples manifestations que ces quatre principes peuvent prendre, nous considérons qu'ils doivent être perçus comme des *outils* qui permettent de façonner chaque Fédération selon ses particularités. Chaque principe vu comme un *outil* (*l'outil coopératif*, *l'outil autonomiste*, *l'outil séparatif* et *l'outil participatif*) est compris comme un instrument qui sert à construire chaque système fédératif en fonction de ses propres conditions.

¹³⁵¹ Le Canada connaît, lui aussi, une réelle coercition de la part du gouvernement fédéral dans le domaine fiscal. Le déséquilibre criant en faveur de ce dernier en est une manifestation claire.

Les quatre principes doivent coexister au sein d'un même système et permettent ainsi d'illustrer la recherche perpétuelle d'équilibre propre à la logique fédérative. Les conceptions et les mises en œuvre de ces principes variant selon les cas, il semble possible de constater que le fédéralisme n'est peut-être pas un compromis permettant de trouver un équilibre entre des forces et des intérêts contraires, mais plutôt une recherche d'équilibre jamais trouvé. Le fédéralisme serait donc un système en perpétuel mouvement, se balançant au gré des rapports qui le font vivre, et pas un système fixe ayant découvert son équilibre.

Dans le fédéralisme, « [...] *tout est tension, tout est conflit. Le monde se présente comme un ensemble de réalités polarisées ou, tout du moins, contrastées. Les intérêts s'opposent, les exigences aussi [...]* »¹³⁵².

CHAPITRE SECOND

LE FÉDÉRALISME OU L'IMPOSSIBLE DÉMARCHE DIALECTIQUE D'UNE RECHERCHE D'ÉQUILIBRE : LA SOLUTION DE LA DIALOGIQUE

Le fédéralisme est un système qui doit faire coexister deux logiques différentes que sont l'unité et la diversité. Daniel Elazar écrit « *federalizing involves both the creation of maintenance of unity and the diffusion of power in the name of diversity* »¹³⁵³. C'est la raison pour laquelle le système fédératif ne doit pas être analysé sous l'angle de la centralisation et de la décentralisation car cette approche consiste, *a priori*, à considérer que l'une serait plus appropriée que l'autre. Or, la coexistence de l'unité et de la diversité ne peuvent aboutir à une union ou à une unification puisque aucun équilibre ne peut être trouvé. Seul le balancement entre les différentes forces existe et c'est le propre de ce système que de faire coexister les forces en présence du fait de la diversité. En effet, la logique fédérative dans son essence originelle repose, notamment, sur le rapport de coexistence entre autonomie et coopération. Althusius considère ainsi que la relation dialectique entre l'autonomie de chaque entité, même locale ou familiale, et la solidarité universelle est l'essence du principe fédératif¹³⁵⁴.

Le système fédératif ayant pour objectif, entre autre, de faire coexister des systèmes différents (par leur façon de fonctionner, de se comporter du fait de religions, de langues,

¹³⁵² Guy Héraud, *Les principes du fédéralisme et la fédération européenne*, Paris, Presses d'Europe, 1968, p. 20

¹³⁵³ Daniel J. Elazar, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, University of Alabama Press, 1987, p. 64.

¹³⁵⁴ Thomas O. Hueglin, *Early Modern Concepts for a Late Modern World*, Waterloo, Wilfrid Laurier University Press, 1999, p. 124.

de cultures ou de normes juridiques hétérogènes), il conduit indubitablement à entraîner, d'une façon ou d'une autre, une forme de compétition entre les instances formant la Fédération. Cette compétition se retrouve particulièrement dans les relations intergouvernementales¹³⁵⁵. Jenna Bednar écrit dans ce sens « *intergovernmental rivalry is inevitable (...)* »¹³⁵⁶. Cela ne doit pas être forcément entendu comme une course à la surenchère en matière fiscale ou législative, mais plutôt comme l'existence d'un environnement complexe, d'un système avec ses multiples facteurs, ses phénomènes de rétroaction ou de récursion et ainsi l'apparition d'émergences, conséquences de ces phénomènes et produits de ce système¹³⁵⁷. Ceci conduit les acteurs de ce système à agir en fonction des données en place dans les autres sphères composant la Fédération et de *regarder* comment les réponses ont été trouvées ailleurs et quelle direction les acteurs ont pris. Cette *compétition* existe donc d'un point de vue horizontal mais également au niveau des relations intergouvernementales, c'est-à-dire dans une perspective verticale¹³⁵⁸. Au niveau horizontal, le pouvoir législatif ne pourra ne pas prendre en compte les décisions rendues par le pouvoir judiciaire, notamment dans un système juridique de *common law* et le pouvoir exécutif devra agir selon les directions données par les juges ou par les membres du pouvoir législatif. Au niveau vertical, les cours judiciaires d'un État membre prendront en compte les décisions rendues par la Cour suprême de la Fédération pour ne pas entrer en conflit avec des jurisprudences. Ceci vaut d'autant plus que la répartition des compétences étant si variable, les domaines de compétence propre des États peuvent se voir infiltrer par le pouvoir fédéral assez régulièrement.

Ainsi, le fédéralisme est un système qui conduira, par la compétition, à des sources de tensions entre les membres de la Fédération. Ces tensions seront un facteur de déséquilibre dans la Fédération qui ne trouvera, la plupart du temps, aucun équilibre puisque selon les périodes, ce déséquilibre penchera, d'un point de vue politique, tantôt

¹³⁵⁵ Voir Albert Breton, « Federalism and Decentralization: Ownership Rights and the Superiority of Federalism », *Publius*, 2000, 30 (2), pp. 1-16.

¹³⁵⁶ « *La rivalité intergouvernementale est inévitable* » (traduit par nous), Jenna Bednar, *The Robust Federation – Principles of Design*, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 63.

¹³⁵⁷ Voir pour une définition du système notre introduction ou Denys de Béchillon, « L'Ordre juridique est-il complexe ? », in Denys de Béchillon (dir), *Les défis de la complexité*, Paris L'Harmattan, 1994, pp. 33-59.

¹³⁵⁸ Jenna Bednar, *op. cit.*, pp. 63 à 94.

vers la centralisation, tantôt vers la décentralisation, c'est-à-dire soit dans un sens favorable aux États membres soit à la fédération.

Dans la perspective principale de cette thèse, ce chapitre aura pour objectif de montrer que la **définition** du fédéralisme doit intégrer la logique dialogique du fédéralisme, tout en excluant une logique dialectique. Après avoir montré que la dialectique ne pouvait être considérée du point de vue de la mise en œuvre des quatre principes structurant le fédéralisme (autonomie, séparation, coopération et participation), nous allons tenter de renforcer notre démonstration en expliquant que l'équilibre n'est également jamais atteint dans deux autres logiques : le rapport étatique/national, c'est-à-dire États membres/fédération (**section 1**) et la balance des ressources financières (**section 2**). Ainsi, nous verrons si la balance des pouvoirs du point de vue étatique/national et du point de vue financier trouve un *modèle* similaire dans les trois Fédérations.

Section 1 La recherche difficile de l'équilibre des pouvoirs dans le rapport étatique/national

Le fédéralisme repose sur une « *tension dialectique entre la pluralité et l'unité* »¹³⁵⁹. L'organisation politique se base donc sur la recherche d'équilibre entre deux forces antagonistes que sont la force centripète et la force centrifuge ; l'une recherchant l'unité et la seconde souhaitant la diversité. Pour Olivier Beaud, « *seul l'équilibre constamment dynamique, véritable "résultante" de ces deux forces, caractérise la construction fédérale* »¹³⁶⁰.

Carl Schmitt met en exergue la difficile recherche d'équilibre au sein du système fédératif. Celui-ci écrit que d'un côté : « *le membre de la fédération cherche à maintenir son indépendance politique et à garantir son autodétermination en adhérant à la fédération. D'un autre côté, dans l'intérêt de la sécurité de la fédération, une fédération ne peut se désintéresser des affaires intérieures de ses membres. Toute fédération conduit à des interventions. Toute véritable exécution fédérative constitue une ingérence de ce genre qui supprime l'autodétermination entièrement indépendante de l'État touché*

¹³⁵⁹ Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris, P.U.F., 2009, p. 110.

¹³⁶⁰ Olivier Beaud, *ibidem*.

*par ces sanctions, et élimine son caractère clos et impénétrable de l'extérieur, son "imperméabilité" »*¹³⁶¹.

Il nous semble ressortir de ce propos que cet équilibre ne pourra finalement jamais être atteint et ce, par la nature et la constitution-même de la Fédération qui est une union de multiples entités conservant une part de leur autonomie et de leurs compétences.

Alors pour tenter de voir si un équilibre peut être atteint dans un système fédératif, il paraît essentiel de s'arrêter sur la logique de recherche d'équilibre propre à toute Fédération. L'équilibre est le résultat de la rencontre de forces contraires dont les antagonismes auraient été dépassés. Néanmoins, nous verrons que cet équilibre ne paraît pas avoir été trouvé dans les trois Fédérations étudiées ici. Ainsi, une remise en question de la logique dialectique paraît nécessaire pour être remplacée par une logique dialogique¹³⁶² (§1). Pour analyser la recherche d'équilibre, l'organisation des pouvoirs et leur évolution au sein du système fédératif occupera une partie de notre travail (§2), avant d'étudier l'évolution des périodes qu'ont connues les Fédérations étasunienne, canadienne et brésilienne et de considérer que l'équilibre n'a jamais été atteint (§3).

§ 1 La remise en question de la logique dialectique du système fédératif par la dialogique

La dialectique est une notion qui recouvre de nombreuses significations. Les définitions qui en sont données nous prouvent que la dialectique peut être définie de plusieurs façons. Les multiples définitions de cette notion dépendent largement de l'époque puisque les penseurs en ont donné des significations variables selon les courants de pensée qui étaient les leurs ou qui existaient à leur époque.

Cependant, la logique dialectique ne semble pas pouvoir s'appliquer à la logique fédérative (A) et il paraît plutôt qu'une logique dialogique serait plus adéquate pour comprendre le fédéralisme (B).

¹³⁶¹ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, pp. 517-518.

¹³⁶² Voir la définition dans le B) du paragraphe 1 de cette première section.

A) L'inapplicabilité de la logique dialectique au système fédératif

La qualification dialectique de la logique fédérative est très souvent utilisée par les auteurs du fédéralisme. Avant de critiquer cette posture, il semble important d'analyser les définitions et les conceptions de la dialectique (1) de manière générale pour cerner le(s) sens de cette notion. Un second temps de cette démonstration permettra ensuite de voir pourquoi il nous semble incorrect de considérer l'existence d'une logique dialectique dans le système fédératif (2).

1) Définitions et conceptions de la dialectique

À l'époque antique, la « *dialectique* » a connu plusieurs significations. D'un point de vue sémantique, le mot « *dialectique* » se compose du substantif grec λόγος qui signifie à la fois « *parole* », « *discours* » et « *raison* ». Le préfixe *dia* porte en lui l'idée d'échange et de réciprocité et le mot διαλεγειν exprime l'échange de paroles, c'est-à-dire la discussion. Ainsi, comme le préconise Paul Foulquié et d'un point de vue étymologique, la dialectique peut être entendue comme l'art de la discussion mais avec l'idée de convaincre¹³⁶³. L'idée de logique est également présente et la dialectique sous-tend la démonstration et la réfutation.

Zénon d'Elée¹³⁶⁴ pourrait être le premier à avoir développé une signification de la dialectique au V^{ème} siècle avant notre ère. Il souhaite montrer que tout *est et n'est pas* et s'attache donc à réfuter une thèse. Il adopte une attitude de contradiction pour montrer qu'une thèse peut être réfutée. Les sophistes réduiront la dialectique en une habileté du discours et apprendront à leurs élèves à sortir vainqueurs de toute discussion, quel que soit l'argument utilisé, fût-il trompeur ou faux. L'essentiel est de convaincre.

Socrate apportera une autre touche à la définition de la dialectique. Il y apportera la démarche inductive et partira ainsi de faits particuliers pour établir une idée générale, mais ceci toujours dans un cadre discursif. L'intérêt est donc toujours de convaincre en tant qu'art du dialogue.

Platon suivra la conception socratienne en tant qu'art du discours et y ajoutera une idée de dynamique et de dépassement de la sensation¹³⁶⁵.

¹³⁶³ Paul Foulquié, *La dialectique*, Que sais-je ?, Paris, Presses Universitaires de France, p. 7.

¹³⁶⁴ Philosophe grec né vers 480 avant J-C et mort vers 420.

¹³⁶⁵ Platon, *Œuvres complètes*, Tome VII, 1^{ère} partie, *La République*, Livres IV-VII, Paris, Les Belles Lettres, 1933, 186 p.

Saint Augustin gardera l'idée centrale d'un art de la discussion en précisant que la dialectique est « *l'art de définir et de diviser* »¹³⁶⁶.

Au Moyen Age, le mot n'est que peu utilisé et va sombrer dans l'oubli puisqu'il est généralement remplacé par le mot « *logique* »¹³⁶⁷, tel qu'elle est entendue par Aristote dans les *Analytiques*. Il semble même être un synonyme de syllogisme et Descartes n'aura que des sentiments négatifs vis-à-vis de cette notion.

Au XVIII^{ème} siècle, Kant qualifie de dialectiques les raisonnements ne reposant que sur l'apparence, c'est-à-dire le sentiment premier et primaire de l'Homme¹³⁶⁸.

À l'époque dite « *moderne* », d'autres significations vont être attribuées à la dialectique. Hegel va y apporter l'idée qui est celle que nous avons gardée aujourd'hui et qui consiste à voir dans le raisonnement dialectique l'existence d'une thèse, d'une antithèse et d'une synthèse¹³⁶⁹. La contradiction est donc essentielle.

Karl Marx va également contribuer à la construction évolutive de la dialectique¹³⁷⁰. Sans pouvoir entrer dans les détails, tout comme nous n'avons pu le faire pour Hegel, il est possible de simplifier la conception marxiste de la dialectique en expliquant que celui-ci y a, avec Hegel, donné l'idée de dynamique. Ceci signifie que toute idée et son antithèse recouvrent toutes deux une forme de vérité. Les sciences y ont ensuite accordé beaucoup d'intérêt et la dialectique a reçu plusieurs significations selon la discipline qui l'étudiait. Ainsi, il existe une dialectique des sciences morales, des sciences physiques, des mathématiques, en logique. Bref, les conceptions y diffèrent quelque peu et nous synthétiserons la dialectique scientifique en reprenant Paul Foulquié et en en donnant la signification générale d'une « *attitude dynamique de l'esprit toujours attentif à ne jamais s'arrêter dans sa progression vers la connaissance du réel* »¹³⁷¹.

La dialectique scientifique suppose une expérience nouvelle qui va à l'encontre des connaissances actuelles, mais dont les conséquences s'ajoutent à celles qui résultaient des expériences et du savoir reconnus auparavant. Cependant, la dialectique a un résultat qui est une nouvelle étape de la connaissance, englobant les idées contraires que sont la

¹³⁶⁶ Saint Augustin, *De Doctrina Christiana*, Lib., II, c. XXXV, 53, cité par Paul Foulquié, *op. cit.*, p. 25.

¹³⁶⁷ Paul Foulquié, *op. cit.*, p. 27.

¹³⁶⁸ Emmanuel Kant, *Critique de la raison pure*, 3^{ème} éd., Paris, P.U.F., 1963, pp. 251 à 260.

¹³⁶⁹ Friedrich Hegel, *Logique*, T. 1, 2^{ème} éd., Paris, G. Baillière, 1874.

¹³⁷⁰ Karl Marx et Friedrich Engels, *Etudes philosophiques*, Paris, Editions sociales internationales, 1935, 192 p. ; Karl Marx, *Le Capital*, Paris, Guillaumin, 1894.

¹³⁷¹ Paul Foulquié, *idem*, p. 116.

thèse et l'antithèse dans une même idée car elles sont complémentaires. Le dictionnaire d'André Lalande reprend ces mêmes développements¹³⁷².

Enfin, pour une vision profane et générale de la dialectique, le dictionnaire Larousse la définit comme une « méthode de raisonnement qui consiste à analyser la réalité en mettant en évidence les contradictions de celle-ci et à chercher à les dépasser »¹³⁷³. Le dictionnaire de l'Académie française en donne une définition identique : « *opposition de la thèse et de l'antithèse, qui trouve sa résolution dans la synthèse* ».

Il existe donc diverses conceptions de la dialectique. Ces conceptions ont évolué au fil du temps et des époques et cette notion reste encore aujourd'hui assez complexe.

2) L'incorrecte logique dialectique dans la compréhension de l'idée fédérative

La dialectique est une notion qui paraît essentielle dans la compréhension du fédéralisme car elle est quasiment toujours avancée dans la définition de la logique fédérative. En effet, la logique dialectique est perpétuellement utilisée pour rendre compte de l'existence, au sein de toute Fédération, de diversités existant dans un ensemble recherchant *l'unité*. Nombre de théoriciens qualifient ainsi le fédéralisme comme *l'unité dans la diversité*¹³⁷⁴. D'ailleurs, ce *slogan* sera repris plus tard, lors de la construction de l'entité européenne, que ce soit pour la Communauté ou l'Union européenne.

Ainsi, la dialectique est utilisée pour qualifier bon nombre de *contradictions* ou tout du moins de forces contradictoires existant dans le système fédératif. C'est par exemple le cas des logiques de centralisation et de décentralisation qui sont jugées dialectiques dans une Fédération, quelle qu'elle soit¹³⁷⁵.

¹³⁷² André Lalande, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Paris, PUF, 2006, pp. 225-228.

¹³⁷³ Le *Petit Larousse illustré*, p. 338.

¹³⁷⁴ Voir par exemple Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., Indianapolis, Liberty Fund, 1915 ; Daniel J. Elazar, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, University of Alabama Press, 1987 ; ou Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993.

¹³⁷⁵ Voir Bernard Voyenne, *Histoire de l'idée fédéraliste*, Paris, Presses d'Europe, 1976, note 76 p.160 ; Jean-Philippe Derosier, « La dialectique centralisation/décentralisation – Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *Revue internationale de droit de droit comparé*, 2007, n°1, pp. 107-140 ; John Kincaid, « From Cooperative to Coercive Federalism », *Annals of American Academy of Political and Social Science*, 509, May 1990, p. 141 ; François Rocher et Christian Rouillard, « Décentralisation, subsidiarité et néo-libéralisme au Canada : lorsque l'arbre cache la forêt », *Canadian Public Policy*, vol. 24, n°2, 1998, p. 236.

Pourtant, il nous paraît que la dialectique, telle que conçue et comprise aujourd'hui, ne rend pas exactement compte de la logique fédérative. Elle ne peut convenir au cadre fédératif, car si elle permet de mettre en évidence l'existence de forces contradictoires, elle ne rend pas toujours compte de la complémentarité de ces forces. De plus, et c'est en cela l'essentiel de notre sentiment, la logique dialectique ne caractérise pas la logique fédérative, car elle aboutit à un résultat (celui de la synthèse) qui n'existe pas dans le système fédératif. Le dépassement des contraires ou des contradictoires, c'est-à-dire la synthèse de la thèse et de l'antithèse, ne semble pas se retrouver dans la logique fédérative. C'est ce que nous allons chercher à démontrer dans ce chapitre. Pour reprendre de manière très rapide les oppositions entre centralisation et décentralisation, il semble difficile, par les objets étudiés dans notre travail, de considérer un compromis entre ces deux tendances.

Pour autant, notre réflexion ne vise pas à évincer une idée pour faire constater simplement un vide et n'apporter donc aucune idée nouvelle. D'ailleurs, ce premier élément de réflexion a déjà été soumis par le juriste Guy Héraud qui écrivait : [qu'] « *il faut rejeter encore la dialectique hégélo-marxiste ou dialectique de l'enchaînement. Le fédéralisme ne pense pas que, de l'autodestruction des contraires, même sous la forme de l'Aufhebung, puisse naître une réalité supérieure. En outre, le cycle thèse-antithèse-synthèse n'est pas établi par l'observation des phénomènes* »¹³⁷⁶.

Comme lui, nous ne pensons pas qu'une synthèse puisse et ait pu exister. C'est, en effet, le seul élément de la définition contemporaine de la dialectique qui ne peut entrer dans la caractérisation du fédéralisme. Alors, pour rendre compte de l'existence de forces contradictoires ou antagonistes se complétant dans une logique dynamique, telle qu'est la logique fédérative en tant que processus, il nous semble que c'est davantage vers la logique dialogique qu'il faut se tourner. La dialogique, telle que nous la considérons, a été définie par le sociologue français Edgar Morin à travers plusieurs ouvrages.

¹³⁷⁶ Guy Héraud, *idem*, p. 22.

B) Le système fédératif et la logique dialogique

De manière à comprendre la notion de dialogique et la conception que cette grille d'analyse peut avoir dans la compréhension de la logique fédérative, un premier temps sera accordé à la définition de cette notion de dialogique (1), pour ensuite utiliser cette notion dans l'analyse de la Fédération (2).

1) La définition de la dialogique

Edgar Morin va proposer un processus qui, comme la dialectique, va considérer l'existence de forces contraires, contradictoires ou antagonistes, mais généralement complémentaires au sein d'un même système¹³⁷⁷. Cependant, lorsque la dialectique va conduire à une synthèse, c'est-à-dire un dépassement de l'opposition des forces contraires, la dialogique, elle, n'atteindra aucune synthèse, aucun compromis entre les forces en action. Au contraire, la dialogique considère que l'existence et l'opposition de forces antagonistes et complémentaires constituent un système complexe en elles-mêmes. Edgar Morin écrit ainsi que « *le principe dialogique peut être défini comme l'association complexe (complémentaire/concurrente/antagoniste) d'instances, nécessaires ensemble à l'existence, au fonctionnement et au développement d'un phénomène organisé* »¹³⁷⁸. Pour lui, la dialogique est une « *logique une en deux, double logique en une, dont le deux termes sont à la fois irréductibles l'un à l'autre et inséparables l'un de l'autre* »¹³⁷⁹. Ainsi, cette coexistence de deux logiques crée, par elle-même un tout, sans pour autant amener une nouvelle situation qui serait une synthèse. Le sociologue exprime cela dans l'Introduction à la pensée complexe en expliquant que « *l'ordre et le désordre sont deux ennemis : l'un supprime l'autre, mais en même temps, dans certains cas, ils collaborent et produisent de l'organisation et de la complexité. Le principe dialogique nous permet de maintenir la dualité au sein de l'unité. Il associe deux termes à la fois complémentaires et antagonistes* »¹³⁸⁰.

¹³⁷⁷ « *Les antagonismes, sans cesser d'être antagonismes, tissent des complémentarités* », Edgar Morin, *La méthode – La vie de la vie*, T. 2, Paris, Editions du Seuil, 1980, p. 59.

¹³⁷⁸ Edgar Morin, *La méthode – La connaissance de la connaissance*, T. 3, Paris, Editions du Seuil, 1986, p. 98.

¹³⁷⁹ Edgar Morin, *La méthode – La vie de la vie*, T. 2, Paris, Editions du Seuil, 1980, p. 130.

¹³⁸⁰ Edgar Morin, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Editions du Seuil, 2005, p. 99.

Pour expliquer qu'un ensemble est souvent composé de contradictions sans pour autant qu'un équilibre ne soit trouvé, Edgar Morin précise que : « *la “bonne” et la “mauvaise” nature ne font pas que co-exister, se combattre, interagir l'une sur l'autre. Certes, elles se combattent et interagissent l'une sur l'autre mais, en même temps (...), elles constituent les deux faces d'une même réalité, à la fois une, plurielle, contradictoire. Il nous faut donc voir ensemble l'unité, l'opposition, l'ambiguïté et l'ambivalence, et ce dans ce qui est le plus destructeur comme dans ce qui est le plus solidaire* »¹³⁸¹.

La dialogique est donc la coexistence de forces contradictoires et complémentaires qui forment un système sans créer de synthèse.

2) L'analyse de la Fédération par la dialogique

C'est par le biais de la dialogique que nous avons choisi de comprendre le système fédératif. Il faut donc tirer les conséquences de cela : la pluralité des forces à l'intérieur d'une Fédération est propre à la logique fédérative et n'aboutit pas à un compromis ou un équilibre. Cela ne conduit pas à un désordre ou une situation problématique à laquelle il faut trouver une solution par l'équilibre et le compromis. Le tiraillement des forces est propre au fédéralisme et en constitue l'essence. Les Fédérations étant des systèmes créés pour permettre à la diversité d'exister au sein d'une organisation unie, les différences à l'intérieur des Fédérations sont par essence normales et fondamentales. Ces différences sont un élément essentiel de l'existence d'une Fédération. Ronald L. Watts, dans ce sens, écrit que « *les divergences de vue et d'intérêt politiques entre les régions sont typiques de toutes les fédérations* »¹³⁸². Ces différences peuvent être de plusieurs ordres : ethniques, linguistiques, religieuses, culturelles, démographiques, etc... Elles conduisent à des tensions perpétuelles entre les différentes forces. Ces tensions créent donc des déséquilibres à l'intérieur de la Fédération elle-même et ne conduisent pas toujours à des équilibres. C'est le propre de la Fédération que de connaître et d'exister par les tensions et les déséquilibres qui rythment des périodes toujours renouvelées. Il serait donc erroné de considérer que la tension qui caractérise le système fédératif est une tension

¹³⁸¹ Edgar Morin, *La méthode – La vie de la vie*, T. 2, Paris, Editions du Seuil, 1980, p. 59

¹³⁸² Ronald Watts, *Comparaison des régimes fédéraux*, 2ème éd., Montréal et Kingston-London-Ithaca, Institut des relations intergouvernementales, Presses universitaires McGill-Queen's, 2002, p. 114.

dialectique puisqu'aucun équilibre structurel n'est jamais atteint. Les déséquilibres sont périodiques et ne trouvent pas de synthèse.

Selon nous, la logique dialectique ne semble pas convenir à une lecture et une compréhension correctes du fédéralisme. C'est davantage par la logique dialogique qu'il peut être compris car la synthèse sous tendue par la dialectique ne se retrouve pas et ne convient pas à l'esprit du fédéralisme qui est un perpétuel balancement entre les forces contradictoires qui composent toute Fédération.

Pour mettre en pratique notre raisonnement et illustrer les idées que nous avançons, nous nous efforcerons dans ce chapitre d'analyser les deux tendances opposées les plus manifestes que sont les phénomènes de centralisation et de décentralisation au sein des Fédérations étasunienne, canadienne et brésilienne.

§2 La décentralisation et la compréhension de cette notion dans le système fédératif

En contexte fédératif, l'équilibre général dans le partage des compétences se mesure par le rapport entre centralisation et décentralisation¹³⁸³. La centralisation est entendue comme la concentration du pouvoir législatif par le gouvernement fédéral. Toutefois, le degré de centralisation ne peut être trop poussé puisque le système fédératif se différencie de l'État unitaire en ce qui concerne la répartition des compétences législatives.

Le phénomène de décentralisation, pour être compris, doit être précisément défini. Pour cela il conviendra de voir d'abord les différents types de décentralisation (A) que peut connaître un système fédératif et les degrés de décentralisation variant selon les conditions (B).

A) Les types de décentralisation

Pour François Rocher et Christian Rouillard, la décentralisation est incorrectement entendue¹³⁸⁴. Elle est traditionnellement vue comme une augmentation des compétences des États et par voie de conséquence, une diminution de la capacité d'influence du gouvernement fédéral sur ces derniers. Pourtant, selon eux, la décentralisation doit être

¹³⁸³ Voir Eugénie Brouillet, *La négation de la nation*, Québec, Les Éditions du Septentrion, 2005, p. 87.

¹³⁸⁴ François Rocher et Christian Rouillard, « Décentralisation, subsidiarité et néo-libéralisme au Canada : lorsque l'arbre cache la forêt », *Canadian Public Policy*, vol. 24, n°2, 1998, p. 239.

vue comme un rétablissement des pouvoirs des États dans leur situation naturelle d'un point de vue fédératif. Cela signifie qu'un processus de décentralisation doit rétablir les gouvernements étatiques dans leurs droits et leur donner ainsi les pouvoirs correspondants à leurs responsabilités. En d'autres termes, les gouvernements étatiques doivent avoir des moyens législatifs, exécutifs et financiers (indépendants de toute influence) pour réaliser les missions qui sont les leurs selon les règles constitutionnelles de répartition des compétences. Selon cette vision, le gouvernement fédéral ne doit plus pouvoir exercer d'autorité sur les champs de compétences dévolus aux États membres.

Comme le préconise Ronald L. Watts, il convient d'opérer une distinction entre décentralisation des compétences et décentralisation des pouvoirs de décision¹³⁸⁵. La décentralisation des compétences se rapporte aux responsabilités de chaque ordre de gouvernement. Il faut distinguer le champ de compétences de chaque ordre de gouvernement et son degré d'autonomie qui lui permettra de réaliser les obligations résultant de son champ de compétence. La décentralisation des pouvoirs de décision concerne, quant à elle, le degré d'influence dans la prise de décision au niveau fédéral. Un élément à prendre en compte ici est, par exemple, le degré de dépendance des partis politiques étatiques par rapport aux partis politiques fédéraux et inversement ou bien le nombre de représentants des États et leur poids dans le processus décisionnel fédéral.

Ainsi, pour opérer une comparaison de différents États fédératifs, il est nécessaire de définir précisément la décentralisation et les sens qu'elle peut avoir selon l'angle d'approche qui est adopté¹³⁸⁶. On distingue donc la décentralisation législative, de la décentralisation administrative ainsi que de la décentralisation financière.

La décentralisation législative se rapporte à la répartition des pouvoirs législatifs dans le texte constitutionnel¹³⁸⁷. Pour mesurer plus précisément ce critère, il convient de prendre également en compte le degré d'autonomie de l'ordre de gouvernement dont il peut disposer. Ce degré d'autonomie dépend alors des compétences exclusives du gouvernement en question, car les compétences partagées atténueront le degré d'autonomie législative. Enfin, un troisième critère doit être pris en compte concernant le

¹³⁸⁵ Voir Ronald Watts, *op. cit.*, p. 73.

¹³⁸⁶ Ronald Watts, *idem*, pp. 74-76.

¹³⁸⁷ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, pp. 402 à 407.

rapport des ordres de gouvernement aux traités internationaux. En effet, dans certains systèmes fédératifs, les États membres d'une Fédération sont directement soumis aux traités internationaux adoptés par l'instance fédérale. C'est le cas pour le système fédératif étasunien ou pour le système fédératif brésilien. Par contre, d'autres systèmes comme celui de la Fédération canadienne, impliquent qu'une loi soit adoptée par l'État membre et donc que le gouvernement provincial ait accepté la soumission à ces nouvelles normes.

À côté de la décentralisation législative, il doit être considéré le degré de décentralisation administrative. Ce degré dépend généralement de l'attribution des compétences prévues par la Constitution ou par les ententes intergouvernementales. Il s'agit ici de l'autonomie des gouvernements dans l'application des lois et de ses politiques. Les systèmes dans lesquels les politiques des États membres est dépendante d'une aide ou d'une collaboration d'un autre ordre de gouvernement (généralement le gouvernement fédéral), n'auront qu'une autonomie administrative relative.

Enfin, le degré de décentralisation financière doit être mesuré. Deux indices doivent alors être analysés : les revenus perçus directement, c'est-à-dire avant transferts et les revenus après transferts, c'est-à-dire les ressources véritables dont peuvent disposer les ordres de gouvernement¹³⁸⁸. Parmi les transferts perçus par les États membres, il faut ensuite faire une distinction entre les transferts conditionnels et les transferts inconditionnels. Les premiers auront une conséquence négative sur l'autonomie du gouvernement de l'État membre qui en sera réduite, alors que les transferts inconditionnels laisseront le gouvernement agir comme il le souhaite, dans le respect de son autonomie.

B) Les degrés de décentralisation selon les conditions

Les degrés de décentralisation sont variables. Ils dépendent, en effet, des conditions conjoncturelles propres à la Fédération (1) et des conditions structurelles et institutionnelles de celle-ci (2).

¹³⁸⁸ Ronald Watts, *idem*, p. 75.

1) Les conditions conjoncturelles aux degrés de décentralisation

Le degré de décentralisation dans un pays peut largement varier. Cela ne dépend en aucun cas du texte constitutionnel, qui généralement, laisse à la loi le soin de décider du niveau de décentralisation ou de centralisation¹³⁸⁹. Au sein des trois systèmes fédératifs étudiés, les textes constitutionnels s'ils prévoient, de manière plus ou moins complète, les pouvoirs revenant à chaque ordre de gouvernement, sont généralement discrets sur le degré de centralisation ou de décentralisation. Et ceci pour une raison simple : le système fédératif est par essence un système faisant exister la diversité dans une certaine union. Cela conduit à des rapports de forces perpétuels et incessants qui impliquent des balancements constants et donc un équilibre jamais atteint. Pour cela, le degré de décentralisation ou de centralisation varie selon les conjonctures¹³⁹⁰. Il ne peut donc pas être déterminé par le Pacte fédératif, sans être périodiquement contredit. De plus, le degré de décentralisation variant en fonction de la volonté de chaque entité et qu'il est clairement établi qu'un ordre de gouvernement cherche à avoir toujours plus de pouvoirs pour régler seul, les difficultés qui se posent ou bien les prévoir, le gouvernement fédéral et les gouvernements étatiques, voire locaux, se livrent à un incessant tiraillement. Chacun cherchant à gagner ou à récupérer les compétences de l'autre.

Les systèmes fédératifs, rythmés par les balancements des rapports de force propres à leur nature, suivent généralement les tendances politico-économico-sociales dont ils sont sujets¹³⁹¹. Il est ainsi tout à fait logique de considérer que le gouvernement central aura tendance à élargir ses compétences en période économiquement et socialement difficile pour la population et jouer ainsi un rôle de protecteur de ses citoyens. Au contraire, lorsque le pays traversera une époque de relative prospérité, le gouvernement fédéral sera davantage prompt à laisser aux gouvernements des États membres, des pouvoirs plus étendus et autonomes de ses décisions. Un exemple très symbolique est celui des États-Unis durant le XX^{ème} siècle. À la suite de la crise

¹³⁸⁹ Jean-Philippe Derosier, « La dialectique centralisation/décentralisation – Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *Revue internationale de droit de droit comparé*, 2007, n°1, p. 108.

¹³⁹⁰ Voir par exemple Maria Escobar Lemmon, « Fiscal Decentralization and Federalism in Latin America », *Publius : The Journal of Federalism*, 31 :4, Fall 2001, pp. 23-41 ; Bastien Richard, *Fédéralisme et décentralisation, où en sommes-nous ?*, Ottawa, le Gouvernement, 1981, 58 p.

¹³⁹¹ Raul Machado Horta, « Tendências do federalismo brasileiro », *Revista brasileira de estudos políticos*, n°28, janeiro de 1970, pp. 9-45 ; Christophe Heckly et Eric Oberkampf, *La subsidiarité à l'américaine : quels enseignements pour l'Europe ?*, Paris, l'Harmattan, 1994, pp. 24 à 27.

économique de 1929, le gouvernement fédéral, avec l'aide des juges de la Cour suprême, a élargi ses compétences pour agir dans des domaines pour lesquels son intervention n'était pas prévue par la Constitution¹³⁹². Ainsi, dès les années trente, le Président étasunien Franklin Delano Roosevelt lance la politique du *Welfare State* dont la concrétisation la plus importante est sans doute l'adoption du *Social Security Act*, en 1935 et le programme de la *Great Society* de Lyndon B. Johnson. Cette politique de l'État-providence va néanmoins se réduire significativement à la fin des années cinquante du fait des grandes dépenses dues à la guerre du Vietnam. Par la suite, les années soixante et soixante-dix, de relative prospérité, feront place à un réel désengagement social dans les années quatre-vingt¹³⁹³.

Dans ce cadre de balancement des compétences d'un ordre de gouvernement vers un autre, le principe de subsidiarité joue un rôle important¹³⁹⁴. En effet, ce principe visant à laisser la gestion d'un conflit à une instance dite « *supérieure* » et plus apte à agir, déléstant ainsi l'instance normalement compétente¹³⁹⁵, va avoir un effet régulateur dans un certain nombre de cas. Celui-ci permettra donc de faire varier le degré de décentralisation sans pour autant toucher aux règles établies par le texte constitutionnel répartissant les pouvoirs de chaque ordre de gouvernement.

La décentralisation au sein des systèmes fédératifs doit donc être mesurée par plusieurs facteurs : législatif, administratif et financier. Les conditions conjoncturelles, c'est-à-dire économiques, internationales, de conflit extérieur et de croissance interne, doivent également être prises en compte pour mesurer le degré de centralisation ou de décentralisation.

¹³⁹² George Alan Tarr, « United States of America », in John Kincaid et G. Alan Tarr, *A Global Dialogue on Federalism - Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, vol.1, Montréal & Kingston, McGill – Queen's University Press, 2005, pp. 389 à 391.

¹³⁹³ Voir John Kincaid, « From Cooperative to Coercive Federalism », *Annals of American Academy of Political and Social Science*, 509, May 1990, pp. 139-152.

¹³⁹⁴ Jean-Philippe Derosier, *op. cit.*, pp.107-140.

¹³⁹⁵ Voir, sur la subsidiarité, le chapitre second du titre second de la première partie de ce travail.

2) Les conditions structurelles et institutionnelles aux degrés de décentralisation

Une certaine asymétrie politique existe dans les trois Fédérations que nous étudions, mais il convient de considérer qu'elle doit, dans la logique de recherche d'équilibre du fédéralisme, être mesurée et équilibrée. Sinon, elle ne fera qu'être la source de tensions et de déséquilibres ce qui aura une influence néfaste sur l'évolution de la Fédération tout entière. De plus, l'asymétrie politique a pour rôle principal et essentiel de contrebalancer les inégalités naturelles entre les différentes entités et de créer des inégalités pour conduire à une meilleure équité. C'est notamment pour cela que les seconde Chambre ont été créées, de manière à contrebalancer l'influence et le poids des entités à forte démographie ou riches dans la première Chambre. L'asymétrie constitutionnelle a pour objectif de réduire les écarts entre les régions et a été parfois un des rares moyens pour maintenir et protéger l'autonomie des régions, tout en créant des possibilités de disparités.

La décentralisation dans le système fédératif n'est pas un phénomène qui peut être séparé du phénomène de centralisation. Ils font partie de la logique fédérative car l'un et l'autre sont deux forces contradictoires qui prendront alternativement le pas, l'un sur l'autre, selon les conditions structurelles et conjoncturelles de la Fédération.

§3 L'impossible équilibre et l'analyse des phénomènes de décentralisation et de centralisation législative et administrative dans les Fédérations étasunienne, canadienne et brésilienne

L'analyse des trois systèmes fédératifs va permettre de voir qu'aucun équilibre n'a jamais été mis en place dans chacune de ces Fédérations. Le cas de la Fédération étasunienne sera étudiés dans un premier temps et nous verrons pour cela l'évolution du système et les successions de tendances manifestant une absence d'équilibre (A). Le cas de la Fédération canadienne et de sa tendance centripète sera également une preuve d'un impossible équilibre du système (B), tout comme cela sera le cas au Brésil (C).

A) L'évolution du système étasunien et les successions de tendances centrifuges et centripètes sans équilibre manifeste

Les constituants étasuniens avaient souhaité instaurer des techniques constitutionnelles pour permettre de trouver un certain équilibre au sein de la Fédération (1). Toutefois, le texte constitutionnel ayant subi d'importantes évolutions, cela n'a pas empêché la

succession de tendances centrifuges et centripètes (2). Les facteurs de la tendance générale à la centralisation (3) se sont manifestés par différents moyens (4).

1) Un système fédératif prévoyant des techniques pour tenter de trouver un équilibre des pouvoirs

Le gouvernement fédéral des États-Unis est construit sur la base d'un système de *checks and balances* pour empêcher l'établissement d'une tyrannie de la part du fédéral sur les États¹³⁹⁶. Pour cela, la république mise en place par la Constitution comprend un gouvernement qui tire ses pouvoirs directement ou indirectement du peuple et administré par des personnes qui tiennent leurs fonctions de façon temporaire et précaire et suivant leur bon comportement¹³⁹⁷. Il est donc essentiel que la forme de ce gouvernement dérive de la grande masse de la société et pas seulement d'une portion réduite ou d'une classe favorisée¹³⁹⁸. Les *Pères Fondateurs* avaient prévu de faire appel au peuple de façon régulière pour que celui-ci puisse manifester son mécontentement et opérer un contrôle sur les gouvernants. Le peuple pouvait, dans cette optique, contrôler et sanctionner les violations de la Constitution¹³⁹⁹. Pour cela, l'élection des députés à la Chambre des représentants était renouvelée tous les deux ans et celle du chef de l'Exécutif, tous les quatre ans¹⁴⁰⁰. La structure du gouvernement était organisée de telle manière que des freins et contrepoids permettaient de maintenir un certain contrôle. Pour cela, une séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire a été prévue tout en organisant la possibilité d'interaction entre les cabinets ; ceci favorisant un contrôle des uns sur les autres¹⁴⁰¹. La procédure d'*impeachment* en était le symbole le plus important puisque

¹³⁹⁶ Voir Alexander Hamilton, John Jay et James Madison, « The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments », *Federalist*, n°51, for The New York Packet, Friday February 8, 1788.

¹³⁹⁷ Alexander Hamilton, John Jay et James Madison, *op. cit.*, n° 51.

¹³⁹⁸ « (...) we may define a republic to be, or at least may bestow that name on, a government which derives all its powers directly or indirectly from the great body of the people, and is administered by persons holding their offices during pleasure, for a limited period, or during good behavior. It is essential to such a government that it be derived from the great body of the society, not from an inconsiderable proportion, or a favored class of it (...) » James Madison, « The Conformity of the Plan to Republican Principles », *Federalist*, n°39, for The Independent Journal.

¹³⁹⁹ James Madison ou Alexander Hamilton, « Periodic Appeals to the People Considered », *Federalist*, n° 51, For the New York Packet. Tuesday, February 5, 1788.

¹⁴⁰⁰ Alexander Hamilton, « The Duration in Office of the Executive », *Federalist* N° 71, for the New York Packet Tuesday, March 18, 1788.

¹⁴⁰¹ James Madison ou Alexander Hamilton, « The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments », *Federalist*, n° 51, for The New York Packet, Friday February 8, 1788.

cette procédure permettait de mettre en accusation par les députés de la Chambre des représentants devant le Sénat tout haut-fonctionnaire du gouvernement, c'est-à-dire le Président des États-Unis, le vice-président, les membres des cabinets ou les juges fédéraux¹⁴⁰².

Dès les origines, le système fédératif étasunien prévoit que des tiraillements allaient avoir lieu entre les différentes forces du pays et des techniques allaient ainsi être prévues pour tenter de trouver des équilibres. C'est pour cela que M. J. C. Vile voyait le fédéralisme comme « *a cluster of technics (...) constitutional, legal, politic, administrative and financial which serve to maintain or erode the balance between mutual interdependence and interdependence between levels of government* »¹⁴⁰³.

2) La succession de tendances centrifuges et centripètes

Dès le début des années trente et jusqu'aux années soixante, les États-Unis vont connaître une période de centralisation irrégulière (a). Puis, à partir des années quatre-vingt dix, un changement va se dessiner, mais sera rapidement oublié (b).

a) Une période de centralisation irrégulière

Selon Mickaël J. Laslovich, le fédéralisme étasunien est un fédéralisme dynamique qui change en fonction des circonstances politiques, économiques et sociales¹⁴⁰⁴. Dans cette perspective, il est possible de distinguer les périodes qui se sont succédées aux États-Unis.

Alors que le XIX^{ème} siècle met lentement en place l'existence d'un pouvoir fédéral et voit les balbutiements d'un nouvel ordre de gouvernement qui tente de se faire entendre dans tous le pays, le XX^{ème} siècle va amorcer une importante évolution du système fédératif étasunien.

Après avoir mis en œuvre la volonté des *Pères fondateurs* et avoir établi des liens entre le gouvernement fédéral et les États qui n'existaient quasiment pas auparavant, les États-Unis ont fait évoluer la Fédération en donnant plus de poids au gouvernement

¹⁴⁰² Alexander Hamilton, « The Powers of the Senate Continued », *Federalist* N° 65, for the New York Packet. Friday, March 7, 1788.

¹⁴⁰³ M. J. C. Vile, « Federal Theory and the 'New Federalism' », in D. Jaensch, *The Politics of 'New Federalism'*, Adelaïde, Australian Political Studies Association, 1977, p. 3.

¹⁴⁰⁴ Mickaël J. Laslovich, « The American Tradition : Federalism in the US », in Michael Burgess and Alain-G. Gagnon, *Comparative Federalism and Federation*, University of Toronto Press, 1993, p. 188.

fédéral. Une véritable centralisation a été instaurée à partir des années trente à la suite de la crise de 1929 avec les programmes du *New Deal* et de la *Great Society* pour répondre aux graves besoins économiques et sociaux¹⁴⁰⁵. Cette politique interventionniste du gouvernement fédéral a perduré jusqu'aux années soixante. Cette première période a donc conduit à une certaine forme de centralisation puisque le gouvernement fédéral avait mis en œuvre une politique sociale pour venir en aide aux États et plus précisément à la population qui avait subi de plein fouet les conséquences de la crise économique. Le gouvernement fédéral agissait comme un soutien aux politiques étatiques tout en laissant les États agir selon les choix qui étaient les leurs. La coopération instaurée peut ainsi être vue comme une manière de lutter à la fois contre les forces centripètes qui sont une tendance générale dans les systèmes fédératifs et les forces centrifuges qui sont une réponse aux élans du gouvernement fédéral¹⁴⁰⁶.

À partir des années soixante jusqu'au début des années quatre-vingt, l'entité fédérale laissa plus de place aux États dans les programmes politiques et sociaux, mais garda un rôle important de guide et de coordinateur des politiques¹⁴⁰⁷. La multiplication de programmes d'aides et de subventions fédérales aux États fut un des moyens les moins visibles de ce renforcement de la centralisation. Néanmoins, dès la fin de la guerre du Vietnam et la crise pétrolière de 1973, la tendance du fédéralisme étasunien changea. Le gouvernement fédéral dut alors faire face à des conditions financières graves. La centralisation a donc été moins forte jusqu'au milieu des années soixante-dix, en tout cas selon une analyse simple et peu approfondie, mais le gouvernement fédéral ne souhaita pas perdre le poids qu'il avait gagné.

À partir des années quatre-vingt, la victoire des Républicains conduisit à un renforcement du pouvoir fédéral par un certain nombre de mesures comme la dérégulation de l'économie, la réduction des dépenses sociales, des subventions aux États, etc...¹⁴⁰⁸ John Kincaid considère donc que le fédéralisme étasunien passa d'un caractère coopératif à un caractère « *coercitif* »¹⁴⁰⁹ dans lequel le gouvernement fédéral a

¹⁴⁰⁵ Mickaël J. Laslovich, *ibidem*.

¹⁴⁰⁶ Voir Jane Perry Clark, *The Rise of a New Federalism : Federal-State Cooperation in the United States*, New York, Columbia University Press, 1938, pp. 7 et 8.

¹⁴⁰⁷ Mickaël J. Laslovich, *ibidem*.

¹⁴⁰⁸ John Kincaid, « From Cooperative to Coercive Federalism », *Annals of American Academy of Political and Social Science*, 509, May 1990, pp. 139-152.

¹⁴⁰⁹ John Kincaid, *ibidem*.

pris une place prépondérante, soumettant les États à des situations de quasi-soumission dans certains cas¹⁴¹⁰.

b) Un début de changement de tendance rapidement oublié

À la suite d'une longue tendance centralisatrice dès les années 1930 et la mise en place de la politique du *New Deal*, le fédéralisme étasunien sembla connaître un renversement de tendance, dès les années quatre-vingt dix. La réduction de l'autonomie des États et leur dépendance vis-à-vis de l'entité fédérale parut prendre fin grâce à la victoire des Républicains à la tête du pays et au Congrès¹⁴¹¹. Un véritable mouvement de décentralisation fut mis en marche. Au mois de janvier 1995, le *Unfunded Mandates Reform Act* fut adopté. Celui-ci avait pour objectif de limiter les actes pris par le Congrès et chargeait les États de nouvelles responsabilités sans leur donner les moyens financiers de les mettre en place. En 1996, des réformes concernant l'assurance maladie par le programme *Medicaid*, furent adoptées, partageant les charges et les responsabilités entre les États et le fédéral. Cependant, cette tendance centrifuge ne fut que relative.

Cet enthousiasme retomba rapidement quand il apparut que dans les faits, le gouvernement fédéral ne cessa pas ses interventions dans des domaines qui devaient être laissés à la compétence régionale¹⁴¹². Le gouvernement fédéral laissait une partie des compétences aux États, tout en agissant dans d'autres domaines, notamment par son pouvoir de préemption sur les lois étatiques. La préemption partielle est une technique qui agira dans le sens d'une centralisation. Selon cette technique, le gouvernement fédéral prépare des politiques prévues par des lois et dont la mise en œuvre et le contrôle sont laissés aux États ou aux gouvernements locaux. Cette technique opère une sorte de délégation de pouvoirs et pose des conditions qui doivent être respectées par les gouvernements délégataires.

Les élections présidentielles de 2000 firent aussi l'objet d'opposition entre les deux candidats à la présidentielle, Albert Gore et George W. Bush Junior. Le premier, représentant le parti démocrate, tendait à défendre un gouvernement fédéral fort alors que le second, républicain, voyait dans cela une possible tendance à la centralisation à

¹⁴¹⁰ Voir John Kincaid, *ibidem*.

¹⁴¹¹ Jérôme Elie, « Le fédéralisme américain à l'aube du XXI^{ème} siècle », *Revue d'Allemagne et des Pays de langue allemande*, T. 35, 3-2003, p. 409.

¹⁴¹² Jérôme Elie, *op. cit.*, pp. 411-412.

laquelle il était opposé¹⁴¹³. Ceci eut un poids important lors de la campagne présidentielle et Jérôme Elie, tirant les conséquences de cela, écrivit que « *ceci signifie qu'il existe une tension entre le principe démocratique fondamental symbolisé par l'expression "un homme, une voix" et la nécessité fédérale d'équilibrer le poids des grands États face aux plus petits* »¹⁴¹⁴. Ceci montre bien l'état de tension toujours existant au sein du système fédératif et propre à celui-ci, cherchant à concilier les différences, voire les oppositions.

Le système fédératif étasunien, sans pour autant opérer de changement important du texte constitutionnel, a largement évolué depuis sa création en 1787. Il ressort de son histoire que son organisation et les relations entre les ordres de gouvernement ont balancé entre tendance centrifuge et centripète mais son orientation générale paraît avoir évolué dans un mouvement centripète, donnant ainsi toujours plus de poids au gouvernement fédéral.

3) Les facteurs des tendances variables de centralisation

Les facteurs de ces tendances variables de centralisation sont multiples¹⁴¹⁵.

Un premier facteur est, et c'est généralement l'argument le plus souvent avancé pour justifier la centralisation, la conséquence de besoins économiques, sociaux ou militaires. La justification sociale et économique prévalut notamment à partir des années trente avec la mise en place de la politique du *New Deal*. Les États n'ayant pas de moyens suffisants pour faire face aux graves difficultés économiques et sociales le gouvernement fédéral prit leur place grâce aux ressources dont il bénéficiait. À partir des années soixante, la mise en œuvre de politiques sociales importantes comme le *Voting Rights Act*¹⁴¹⁶, le programme contre la pauvreté qui accouchera du système d'assurance-santé nommé *Medicare* et du programme d'assurance-maladie *Medicaid*¹⁴¹⁷, seront de nouvelles manifestations sociales du phénomène de centralisation. Ces programmes devaient résoudre des problèmes nationaux, justifiant donc une intervention fédérale.

¹⁴¹³ Ce qui n'empêcha pas ce dernier d'avoir agi dans le sens d'une centralisation. Voir Jérôme Elie, *idem*, p. 425.

¹⁴¹⁴ Jérôme Elie, *ibidem*.

¹⁴¹⁵ Voir Mickaël J. Laslovich, « The American Tradition : Federalism in the US », in Michael Burgess and Alain-G. Gagnon, *Comparative Federalism and Federation*, University of Toronto Press, 1993, p. 189.

¹⁴¹⁶ Voté le 6 août 1965.

¹⁴¹⁷ Votés le 30 juillet 1965 et mis en place par le *Social Security Act*.

Un second facteur, lié au premier, était une conséquence de l'existence de problème nationaux : le peuple estimait que ces problèmes devaient être résolus par le gouvernement fédéral du fait de l'ampleur nationale de ceux-ci.

Un troisième facteur de centralisation qui était, lui aussi, une conséquence des premiers, était le développement des aides fédérales aux États et la puissance des revenus fédéraux qui devaient servir à aider la population et les États membres. S'est alors instaurée, à partir de là, une dépendance des États vis-à-vis du gouvernement fédéral.

4) L'évolution des moyens utilisés dans le renforcement de la centralisation

La centralisation dans le système fédératif étasunien s'explique par trois raisons principales : l'importance du rôle pris par la Cour suprême dans le renforcement de cette tendance (a), le rôle du gouvernement fédéral dans la politique économique (b).

a) Le rôle essentiel de la Cour suprême

Une tendance à la centralisation a engendré l'abandon du fédéralisme dualiste avec la politique du *New Deal* et de l'interventionnisme économique et social. La Cour suprême va permettre ce changement de vision du fédéralisme notamment à partir de 1937¹⁴¹⁸. Ce revirement d'attitude de la Cour va s'opérer dans la jurisprudence validant le *National Labor Relation Act*, la loi sur la sécurité sociale, celle relative à l'organisation du marché du charbon ou la loi sur l'organisation de l'agriculture. Dans ces décisions, la Cour va admettre de manière implicite que les États ne peuvent répondre seuls aux nécessités économiques du pays. Revenant sur l'interprétation jusqu'alors défendue du X^{ème} amendement de la Constitution, la Cour suprême va expliquer que le X^{ème} amendement est simplement déclaratoire et qu'il n'a jamais privé le gouvernement fédéral du pouvoir qui était le sien d'exercer tous les pouvoirs nécessaires à la réalisation de son rôle et de ses objectifs. La Cour va alors faire reposer ses décisions sur l'article VI, section 2 de la Constitution qui énonce que « *les lois des États-Unis (...) seront la loi suprême du pays* ».

Dans cette même mouvance, le Congrès et l'administration fédérale vont également participer au mouvement de centralisation en programmant des objectifs

¹⁴¹⁸ George Burdeau, *Traité de science politique – Les façades institutionnelles de la démocratie gouvernante*, Tome IX, Paris L.G.D.J., 1976, p. 94

économiques nationaux. Si la marge des États ne sera pas fortement réduite, leurs actions vont être soumises au contrôle fédéral.

b) Le rôle indirect de l'action économique du gouvernement fédéral

Le phénomène centralisateur s'est opéré par des moyens directs, comme nous venons de le voir ou par l'établissement par le Congrès ou l'administration fédérale d'un régime uniforme pour des secteurs entiers de l'économie. Cependant, la centralisation s'est aussi faite par des biais indirects comme le montre Georges Burdeau¹⁴¹⁹. C'est par exemple le cas de l'uniformisation de l'action économique et sociale par l'utilisation des pouvoirs de réglementations autonomes des États. En cas de défaut de législation fédérale, l'administration fédérale demandait aux États de participer dans le cadre de politiques de collaboration, à la réalisation d'objectifs nationaux. Ces actions se déroulaient soit dans une dimension verticale et dans ce cas, le fédéral associait des États à sa politique. Soit elles se déroulaient dans une dimension horizontale, soit par le biais de politiques interétatiques.

Le procédé de subventionnement fut, lui aussi, un moyen d'amplifier la tendance centralisatrice et la soumission des États à l'administration fédérale, mais celui-ci ne commença qu'à partir de l'entre-deux guerres¹⁴²⁰.

La tendance centralisatrice et l'accroissement des pouvoirs du gouvernement fédéral sur les États s'amplifia également par l'ouverture mondiale des politiques et des marchés¹⁴²¹. Le fédéral vit ses compétences s'élargir fortement, augmentant par conséquent son autorité et sa puissance sur les États¹⁴²².

Le système fédératif étasunien a été construit sur le principe de *check and balance*. Les *Pères fondateurs* avaient prévu qu'une confrontation des forces contradictoires au sein de la Fédération était inhérente à ce nouveau système. Des périodes centripètes et centrifuges se sont succédées en fonction des conditions notamment économiques, mais il semble que la tendance actuelle et depuis plus de trente ans, a laissé un poids important

¹⁴¹⁹ Georges Burdeau, *op. cit.*, p. 99.

¹⁴²⁰ Voir Jérôme Elie, « Le fédéralisme américain à l'aube du XXI^{ème} siècle », *Revue d'Allemagne et des Pays de langue allemande*, T. 35, 3-2003, p. 413.

¹⁴²¹ Jérôme Elie, *idem*, pp. 410 à 413 ; Georges Burdeau, *idem*, p. 102.

¹⁴²² Voir par exemple Thomas J. Anton, *American Federalism and Public Policy : How the System Works*, New York, Random House, 1989, pp. 209-210 ou Christophe Heckly et Eric Oberkamp, *La subsidiarité à l'américaine : quels enseignements pour l'Europe ?*, Paris, l'Harmattan, 1994, pp. 27 et s.

au gouvernement fédéral. Cette tendance centralisatrice peut trouver des causes dans le rôle joué par la Cour suprême qui a permis d'appuyer cette tendance, par l'accroissement du rôle du gouvernement fédéral dans le domaine économique et par l'ouverture internationale qui a conduit le gouvernement fédéral à *protéger* les États membres par une législation plus importante dans les domaines économique, budgétaire et social.

B) La tendance centripète du fédéralisme canadien et l'impossible équilibre

François Rocher et Christian Rouillard considèrent que, « *le fédéralisme canadien est un système dynamique au sein duquel un équilibre constant doit être trouvé* »¹⁴²³ entre des forces centralisatrices qui visent à aller vers une union et les forces allant vers une décentralisation, tendant à protéger les autonomies régionales. Toutefois, si cet « *équilibre [...] doit être trouvé* » cela ne signifie pas qu'il l'est, à un moment ou à un autre.

En effet, le texte constitutionnel et l'interprétation de celui-ci par le juge dénotent une centralisation claire du système fédératif canadien (1). Cette tendance a été renforcée par l'évolution du rôle du pouvoir exécutif (2) et la réduction de l'autonomie des provinces (3).

1) Le système constitutionnel canadien et la domination du pouvoir fédéral

On peut noter une tendance certaine à la centralisation dans le régime fédératif canadien¹⁴²⁴. L'expression de la souveraineté étatique, au Canada, est partagée entre deux ordres de gouvernement : un central et un autre décentralisé. Ceci signifie que la fonction législative est partagée entre ces deux ordres de gouvernement. Ce partage des compétences doit être reconnu et protégé par le texte constitutionnel et ne doit pouvoir être modifié que sous des conditions particulières. Cela détermine donc, pour une certaine part, le niveau de décentralisation du pays. En effet, plus l'ordre fédéral aura de compétences propres, plus le niveau de décentralisation sera faible.

En ce qui concerne le cas canadien, les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* répartissent les compétences entre le fédéral et les provinces. Il ressort de ces

¹⁴²³ François Rocher et Christian Rouillard, « Décentralisation, subsidiarité et néo-libéralisme au Canada : lorsque l'arbre cache la forêt », *Canadian Public Policy*, vol. 24, n°2, 1998, p. 236.

¹⁴²⁴ Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, p. 422.

deux articles que le fédéral possède deux fois plus de compétences que les provinces. De plus, le fédéral jouit des domaines de compétence les plus importants, notamment en matière économique. La professeure Brouillet et les professeurs Brun et Tremblay soulignent qu'en plus de domaines de compétences plus étendus, le gouvernement fédéral détient des pouvoirs exorbitants, qui, s'ils sont utilisés, auront pour conséquence de déséquilibrer la logique d'équilibre du fédéralisme canadien¹⁴²⁵. Ceci est donc une première manifestation de l'impossible atteinte d'équilibre en système fédératif. Il faut ajouter à cela pour renforcer l'argument d'un impossible équilibre en système fédératif, la prépondérance des lois fédérales sur les lois provinciales qui seraient incompatibles avec les premières. Enfin, le juge abonde, lui aussi, dans le sens d'un équilibre irréalisable, en acceptant que les lois fédérales lient les gouvernements provinciaux, interdisant cela en sens inverse et bafouant ainsi son rôle de régulateur des équilibres¹⁴²⁶.

Il convient d'ajouter que la référence récente au principe de subsidiarité par la Cour suprême canadienne et son effet uniquement ascendant, impliquant que les provinces ne peuvent pas se porter volontaires à la place du gouvernement fédéral pour régler un litige, tend à limiter l'autonomie des provinces¹⁴²⁷.

2) L'évolution du pouvoir exécutif comme manifestation à la tendance centralisatrice

Le pouvoir exécutif a connu une réelle évolution depuis l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1867* et les pouvoirs qui lui étaient accordés, tant à l'échelle nationale que provinciale. Cette évolution est due, notamment, à l'évolution des institutions dans la logique parlementaire d'origine britannique¹⁴²⁸. La transformation du rôle et du pouvoir de l'exécutif a consisté en une réunion de nouveaux pouvoirs entre les mains du Premier ministre national et la création d'un cabinet de ministres favorisant le poids et l'influence de celui-ci. Au niveau provincial, les Premiers ministres ont, eux aussi, connu des changements dans le rôle qu'il devaient remplir en devant accepter un partage des pouvoirs qui leurs étaient généralement dévolus¹⁴²⁹. Ceci a conduit les

¹⁴²⁵ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *ibidem*.

¹⁴²⁶ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *idem*, p. 423.

¹⁴²⁷ Voir Eugénie Brouillet, « Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora's Box? », *Supreme Court Law Review*, 2011, 54 S.C.L.R. (2d), pp. 631-632.

¹⁴²⁸ Thomas O. Hueglin, « Canada », in Katy Le Roy and Cheryl Saunders, *A Global Dialogue on Federalism – Legislative, Executive, and Judicial Governance in Federal Countries*, vol. 3, Montreal & Kingston – London- Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 120.

¹⁴²⁹ Thomas O. Hueglin, *op. cit.*, p. 121.

ministres provinciaux à supporter de nouvelles responsabilités et à agir de concert avec les nombreux comités qui ont vu le jour. Enfin, le rôle qui était celui des représentants de la Reine dans les provinces, c'est-à-dire des lieutenant-gouverneurs, a considérablement changé et n'est aujourd'hui qu'un rôle de simple représentation.

Concernant le pouvoir exécutif dans tous ses niveaux, la tendance a été celle d'une réelle centralisation du pouvoir par un accaparement des compétences du gouvernement fédéral.

3) L'évolution du système fédératif canadien et la réduction de l'autonomie des provinces

Pour Richard Bastien, la structure fédérative canadienne a largement évolué depuis la conception originelle du fédéralisme canadien¹⁴³⁰. L'autonomie des ordres de gouvernement et notamment des provinces a subi d'importantes atteintes et les champs d'action du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux ont été bouleversés. Le gouvernement d'Ottawa s'intéresse et agit dans des domaines qui ne relèvent constitutionnellement pas de sa compétence et les gouvernements provinciaux ont également fait évoluer leurs champs d'action puisqu'ils s'intéressent à des domaines revenant à l'autorité fédérale¹⁴³¹. De plus, les relations intergouvernementales se sont développées et un certain nombre de décisions ont vu leur mode d'adoption changer et passer à un mode de collaboration intergouvernemental du fait de l'institution de réunions fédérale-provinciales. Richard Bastien considère donc que l'on est passé, dans la Fédération canadienne, d'un principe d'autonomie à un principe « *d'interdépendance* »¹⁴³². Cependant, l'interdépendance ne signifie pas que chaque ordre de gouvernement a une place et un poids égal au sein du processus de décision. Le phénomène de centralisation mis en œuvre à des degrés variables depuis le début des années trente a conduit le gouvernement fédéral à asseoir sa domination sur les provinces. La modification de l'organisation fédérative originelle et l'évolution des pouvoirs de chaque ordre de gouvernement ont conduit à modifier le système fédératif

¹⁴³⁰ Richard Bastien, *Fédéralisme et décentralisation, où en sommes-nous ?*, Ottawa, Le Gouvernement, 1981, p. 47.

¹⁴³¹ C'est le cas, par exemple, du commerce international, la politique monétaire, le droit maritime, etc...

¹⁴³² Voir Richard Bastien, *op. cit.*, chapitre 6.

dans son ensemble et l'on a vu se succéder différentes périodes avec des degrés divers de centralisation.

Le fédéralisme canadien paraît aussi avoir connu une évolution centripète de son système car si la Constitution donne beaucoup de pouvoirs au gouvernement fédéral, l'évolution du pouvoir exécutif a également conforté cette tendance. Ceci a enfin été confirmé par la baisse d'autonomie des provinces, dans certains domaines et par la mise en œuvre d'une forme d'interdépendance des gouvernements provinciaux, dépendants de plus en plus de décisions laissées à des conférences fédérale-provinciales.

C) La succession de tendances centripètes et centrifuges dans la Fédération brésilienne, preuve de l'incapacité de trouver un équilibre

La Fédération brésilienne, depuis le XIX^{ème} siècle, a connu d'importants changements. Les différents régimes qu'a connus le Brésil l'ont conduit à une certaine évolution des tendances (1). La *Constitution fédérative de 1988* va donner une teinte centralisatrice à la Fédération malgré une volonté affirmée des constituants d'une décentralisation (2). De nombreuses raisons expliquent les tendances qu'a connues le Brésil (3).

1) L'évolution des tendances depuis la mise en place de la Fédération

Depuis les premières tentatives d'application du fédéralisme au Brésil, c'est-à-dire dans le premier tiers du XIX^{ème} siècle, des tensions sont apparues entre les différents ordres de gouvernement. Si une volonté était manifeste de laisser aux États une importante autonomie, une orientation contraire fut prise dès la promulgation de la *Constitution de 1841*. Celle-ci conduisit à une véritable centralisation¹⁴³³. La distribution des pouvoirs fut largement modifiée et le rôle des autorités locales fut réduit de manière importante. Néanmoins en 1889, la proclamation de la République fédérale du Brésil prit une autre direction. Même si la Fédération ne s'était pas construite sur une décentralisation poussée puisque l'origine impériale du Brésil a conduit tout d'abord à un régime présidentiel centralisé, les autorités régionales, que ce soit au niveau étatique (appelés les *Présidents*

¹⁴³³ Marcelo Piancastelli, « The Federal Republic of Brazil », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, Montreal & Kingston-London-Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 72.

des États) ou plus local, luttèrent face à un gouvernement fédéral fort¹⁴³⁴. Ceux-ci détenaient d'importants pouvoirs que ce soit au niveau militaire ou financier. Ceci va durer jusqu'en les années 1930. Une nouvelle Constitution en 1934 réduisit le pouvoir des Présidents des États, devenus *gouverneurs* et établit un nouveau degré d'autonomie pour les municipalités, délestées du contrôle des gouverneurs, pour compenser celui des États¹⁴³⁵. Puis, la *Constitution de 1946* opéra une légère décentralisation en donnant au Sénat, représentant les États, davantage de pouvoir de décision, notamment en matière financière. Après un coup d'État en 1964, la *Constitution de 1967* renforça la centralisation, tant au niveau de la concentration des compétences que des pouvoirs financiers¹⁴³⁶. Enfin, la *Constitution fédérative de 1988* rompit avec cette tendance et se construisit en opposition¹⁴³⁷. Elle prévoit une véritable décentralisation. Les municipalités en furent les premières bénéficiaires. Toutefois, si la Constitution prévoit une décentralisation, celle-ci n'est que relativement atteinte puisque le gouvernement fédéral jouit de pouvoirs réglementaires très importants et les États ainsi que les municipalités dépendent relativement de lui d'un point de vue financier.

2) La tendance centrifuge trompeuse de la Constitution fédérative de 1988

La *Constitution fédérative de 1988* va notamment reposer sur la volonté d'une décentralisation des compétences. Cette décentralisation résulte d'une importance du niveau local au Brésil (a), mais va finalement être toute relative puisque la Constitution va reconnaître une décentralisation des compétences, sans contrepartie financière (b).

a) L'importance du niveau local au Brésil

La *Constitution fédérative de 1988*, actuellement en vigueur, a prévu une organisation largement décentralisée pour un certain nombre de points. Elle en fait un pays fédératif parmi les plus décentralisés. Comme cela a été démontré dans le chapitre premier du titre second de la seconde partie sur le caractère contractuel du fédéralisme, la Fédération brésilienne repose sur ses entités locales. En effet, elle laisse une large place aux États

¹⁴³⁴ Raul Machado Horta, « Tendências do federalismo brasileiro », *Revista brasileira de estudos políticos*, n° 28, janeiro de 1970, p. 9.

¹⁴³⁵ Marcelo Piancastelli, *op. cit.*, p. 73.

¹⁴³⁶ Raul Machado Horta, *op. cit.*, p. 40.

¹⁴³⁷ Lise Tupiassu, « Le droit constitutionnel : les institutions politiques », in Domingos Paiva de Almeida, *Introduction au droit brésilien*, in Paris, L'Harmattan, 2006, p. 20.

membres qui ont un rôle primordial dans le système, tout comme les municipalités¹⁴³⁸. Les municipalités ont un statut essentiel puisque pendant quasiment trois cent ans (1530–1822), elles étaient les seules instances politiques qui existaient¹⁴³⁹. Elles ont donc toujours eu un rôle primordial dans l'organisation politico-institutionnelle brésilienne et elles jouissent d'une autonomie certaine dans un certain nombre de domaines¹⁴⁴⁰. Leurs compétences sont notamment prévues par les articles 29 et 30 de la *Constitution fédérative de 1988* et leur permettent dans certains cas de suppléer les lois fédérales ou étatiques.

La force des partis politiques repose donc fondamentalement sur les circonscriptions locales et sur les États. C'est par ce soutien qu'ils acquièrent un poids politique au niveau national. Les gouverneurs ont reçu des compétences élargies et un contrôle moins ferme. De plus, un amendement en 1997 a permis à ces derniers de pouvoir être réélus. Ils détiennent donc un poids très important au sein de la Fédération brésilienne¹⁴⁴¹.

La volonté des constituants de 1988 a été d'encourager les initiatives étatiques et locales et de favoriser une plus grande représentativité démocratique basée sur le principe de subsidiarité¹⁴⁴². Cela signifie que la volonté était de laisser agir les instances locales pour régler les problèmes qui se posaient à elles car il est considéré que c'est l'instance la plus proche qui pourra répondre aux questions de la manière la plus efficace. Ainsi, plus de la moitié des brésiliens considèrent que les municipalités devraient avoir en charge davantage de services publics et par là même, davantage de capacité financière¹⁴⁴³.

¹⁴³⁸ À titre d'illustration, un sondage réalisé en 1998 montrait que pour 55% des sondés, les municipalités représentaient l'instance la plus importante dans la Fédération brésilienne pour régler les problèmes quotidiens (voir Wayne A. Selcher, « The Politics of Decentralized Federalism, National Diversification and Regionalism in Brazil », *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 40 : 4, p. 38).

¹⁴³⁹ Paulo Vanderlei Vargas Groff, *L'État fédéral et la démocratie au Brésil : l'application du principe de subsidiarité*, thèse, Paris, 2000, réimprim. Lille, 2002, p. 209.

¹⁴⁴⁰ Rappelons que les municipalités détiennent un pouvoir exécutif, un pouvoir législatif et un pouvoir financier propre.

¹⁴⁴¹ David Samuels and Fernando Luiz Abrucio, « Federalism and Democratic Transitions: The 'New' Politics of the Governors in Brazil », *Publius: The Journal of Federalism*, 30 Spring 2000, p. 46.

¹⁴⁴² Wayne A. Selcher, *op. cit.*, pp. 37 à 44.

¹⁴⁴³ Wayne A. Selcher, *idem*, p. 38.

b) Une décentralisation de compétences mais une centralisation des pouvoirs

La *Constitution fédérative de 1988* a voulu rompre avec les constitutions précédentes et les tendances militaires centralisatrices et a ainsi souhaité aller vers une plus grande décentralisation, nous l'avons dit. Cependant, cette décentralisation n'est que relative puisqu'un certain nombre de facteurs réduisent largement sa portée. C'est le cas, par exemple, d'une véritable concentration des compétences en faveur de l'entité fédérale, à laquelle s'ajoute une supériorité de l'exécutif fédéral sur celui des États et une représentation inégale des États au sein du Congrès national¹⁴⁴⁴. En effet, même si la Constitution confère une trentaine de compétences en commun aux trois ordres de gouvernement, l'Union détient les compétences pour en fixer les lignes directrices.

Des années quatre-vingt aux années quatre-vingt dix, notamment sous l'influence de la nouvelle *Constitution fédérative de 1988*, le Brésil connut une phase de décentralisation dans l'organisation des pouvoirs. Pourtant, cette époque fut marquée par une centralisation fiscale par le pouvoir présidentiel. Kent Eaton et Tyler Dickovick voient quatre raisons à cette recentralisation fiscale : la présence d'une crise économique, l'absence de soutien partisan pour le Président de la République brésilienne de la part des partis politiques dans les États, une division des pouvoirs entre les branches des pouvoirs et une multiplication des conflits intra-bureaucratiques¹⁴⁴⁵. Toutefois, il semble que la principale raison ait été la volonté de faire face à la crise macro-économique qui touchait le Brésil à cette époque-là. La politique du *Real Plano* tenta donc de lutter contre l'inflation grandissante de l'économie brésilienne. Cette attitude peut s'expliquer par le fait que le Brésil connut un grand déséquilibre vertical au niveau fiscal en raison de la dépendance des États aux transferts accordés par le gouvernement fédéral. La centralisation s'opéra notamment par la réduction des partages des revenus des gouvernements étatiques, la suppression de certaines bases d'imposition et l'augmentation des taux des impôts qui ne faisaient pas l'objet de partages entre les ordres de gouvernement¹⁴⁴⁶. Une obligation de respecter certains objectifs fut aussi imposée pour les transferts fédéraux (transferts conditionnels) ainsi qu'un contrôle sur

¹⁴⁴⁴ Paulo Vanderlei Vargas Groff, *op. cit.*, p. 172.

¹⁴⁴⁵ Kent Eaton and Tyler Dickovick, « The Politics of re-centralization in Argentina and Brazil », *Latin American Research Review*, vol. 39, n°1, 2004, p. 90.

¹⁴⁴⁶ Voir Kent Eaton and Tyler Dickovick, *op. cit.*, p. 94.

l'utilisation des fonds versés. Il en résulta donc une réduction de 20% des transferts entre 1994 et 1999 et un arrêt total de ces derniers dans le cas où les dettes et les conditions de transferts n'étaient pas respectés¹⁴⁴⁷. De plus, des obligations furent imposées aux États et aux municipalités comme l'obligation de dépenser 25% des recettes dans le domaine de l'éducation et 15% dans le domaine de la santé¹⁴⁴⁸.

3) Les raisons de centralisation et de décentralisation au Brésil

Le fédéralisme brésilien étant un système dynamique, les mouvements de centralisation ou de décentralisation varient selon les circonstances et selon les conditions de la Fédération. Les conditions, qui sont par définition variables, sont par exemple, la taille du pays, le niveau de développement, les pouvoirs présidentiels et de l'exécutif national ou les modifications structurelles apportés.

D'un point de vue politique, les raisons d'une décentralisation peuvent être analysées de diverses façons. La décentralisation peut avoir une justification particulière. Elle peut être un moyen de reconquête locale pour un gouvernement fédéral trop éloigné des conditions de vie des citoyens. Cette situation fut notamment celle que connut le Brésil à la suite de l'entrée en vigueur de la *Constitution fédérative de 1988*. Maria Escobar-Lemmon écrit dans ce sens « *for one, decentralization may stem from an effort by the government to recapture lost or declining public credibility* »¹⁴⁴⁹. La décentralisation est un facteur de légitimité et de démocratie pour les gouvernements qui la développent ou la mettent en place, notamment dans des pays qui sont originellement des pays de type centralisé, ancien royaume, empire ou colonie appartenant à un empire centralisé. C'est le cas du Brésil, ancienne colonie portugaise et ancien empire par la suite, mais également du Canada, dans une certaine mesure du fait de son origine de Dominion britannique et de l'organisation de sa Fédération qui donne les compétences résiduelles au gouvernement fédéral. Ceci est la preuve d'une véritable forme de centralisation puisque si les États membres ont des compétences propres, elles sont

¹⁴⁴⁷ Ceci surtout entre 1998 et 2004.

¹⁴⁴⁸ Entre 1994 et 2004, voir pour les deux dernières notes, Kent Eaton and Tyler Dickovick, *idem*, p. 96.

¹⁴⁴⁹ « *Pour certains, la décentralisation peut être justifiée par la volonté du gouvernement de retrouver l'appui d'une partie de l'électorat local qu'il avait perdu ou qui s'était éloigné* » (traduit par nous), Maria Escobar-Lemmon, « Fiscal Decentralisation and Federalism in Latin America », *Publius : The Journal of Federalism*, 31 :4, Fall 2001, p. 27.

limitées à une liste prévue et tout ce qui a été confié à l'autorité fédérale ainsi que tout ce qui pourra s'ajouter à cela, revient au gouvernement central.

La décentralisation est parfois un processus qui accompagne le processus de démocratisation. À la suite d'une prise d'indépendance d'un pays ou du regroupement d'États, un nouvel ensemble est créé et des procédés de décentralisation sont mis en place en même temps. Les constituants permettent au peuple de décider de la forme de gouvernement et des institutions qui seront celle et ceux du nouvel État créé et donnent des compétences et une forme d'autonomie aux entités composant ce pays. Cela été le cas au Brésil où les municipalités ont toujours eu un rôle politique essentiel. Le fait de donner des compétences aux communes a permis de créer un lien entre le niveau local, le niveau étatique et le niveau national.

La Fédération brésilienne n'a donc pas trouvé d'équilibre dans son organisation et dans les relations entre les différents ordres de gouvernement. Les périodes de centralisations et celles de décentralisations se succèdent et aucun équilibre n'est véritablement atteint. Celina Souza écrit dans ce sens « *Brazil has had difficulties in maintaining a stable federal democracy that is capable of preventing periods of authoritarian rule, reducing social and regional inequality and poverty, and reconciling social democracy with the constraints of the world economy* »¹⁴⁵⁰.

Cette situation de balance perpétuelle entre centralisation et décentralisation est maintenue par le fait que si une décentralisation a été organisée par le texte constitutionnel, les moyens de sa mise en place n'ont pas été suffisants et le décalage entre compétences et moyens ne correspond pas suffisamment aux besoins nécessaires.

Cette première section a permis de mesurer les grandes difficultés pour trouver un équilibre au sein de tout système fédératif. L'analyse des trois Fédérations américaines en atteste. Il résulte de cela une impossibilité de penser le fédéralisme en terme de logique dialectique puisque aucun équilibre n'est jamais atteint, mais bien plutôt de logique dialogique, car le système fédératif est une succession de déséquilibres,

¹⁴⁵⁰ Celina Souza, « Federal Republic of Brazil », in John Kincaid and G. Alan Tarr, *A Global Dialogue on Federalism – Constitutional Origins, Structure and Change in Federal Democracies*, vol. 1, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2005, p. 77.

notamment dans le rapport entre l'ordre de gouvernement fédéral et les ordres de gouvernement fédérés.

Il ressort également de cette section qu'il ne peut être constaté de *modèle* de centralisation et de décentralisation, propre au système fédératif. Chacune des trois Fédérations a connu des périodes de centralisation propres à leur système, tout comme des périodes de décentralisation organisées par des moyens différents selon les cas, voire les périodes.

Section 2 Le déséquilibre de la balance des ressources financières

Dans le cadre de notre démonstration consistant à rejeter la logique dialectique comme logique fondamentale du fédéralisme et de considérer davantage une logique dialogique, propre au fédéralisme, nous allons maintenant analyser le déséquilibre de la balance des pouvoirs financiers. En effet, les pouvoirs financiers de chaque ordre de gouvernement sont un élément fondamental dans le fédéralisme. Ce déséquilibre est évident dans les trois Fédérations américaines que nous étudions. Nous avons constaté que l'organisation des finances publiques dans les Fédérations étasunienne, canadienne et brésilienne manifestait une maîtrise des ressources par le gouvernement fédéral, ainsi qu'une maîtrise du pouvoir de dépenser. Ce déséquilibre va nous permettre de constater que dans la logique de recherche d'équilibre, propre à toute Fédération, la recherche d'un équilibre financier ne peut donc se poser qu'en terme interrogatif et non pas affirmatif (§1). Pour illustrer le constat d'un déséquilibre en matière financière, nous analyserons l'absence d'équilibre financier dans les Fédérations étasunienne, canadienne et brésilienne (§2).

§1 La recherche d'un équilibre financier ?

Dans les Fédérations étasunienne, canadienne et brésilienne, la recherche d'un équilibre financier n'a pas été une priorité. Il semble que cette recherche d'équilibre peut être largement remise en question (A) du fait d'une réelle absence de volonté d'équilibre (B).

A) Une recherche d'équilibre largement remise en question

Le système financier fédératif, comme tout élément du système, semble être à la recherche d'un équilibre. Pour atteindre cet équilibre, les penseurs du fédéralisme, dès le XIX^{ème} siècle, estimaient que chaque ordre de gouvernement devait pouvoir être capable de jouir de revenus permettant de financer ses compétences propres¹⁴⁵¹. Cet équilibre devait pouvoir être atteint en trouvant un équilibre entre les responsabilités et les capacités financières. Cependant, l'ouverture internationale et l'intégration économique ont eu une grande influence sur les finances publiques en obligeant à prendre en compte des données indépendantes des pouvoirs publics¹⁴⁵². Il semblerait que cet équilibre ne puisse être qu'une solution limitée, ponctuelle et peu fréquente. En effet, la situation économique et politique actuelle d'ouverture internationale et de multiplicité des échanges ne permet pas de créer les conditions facilitant un équilibre entre les ressources et les dépenses de chaque État membre d'une Fédération. Jean Anastopoulos écrivait dans ce sens que « *le fédéralisme financier moderne ne doit plus tendre à créer des espaces financiers étanches mais, à l'instar des États unitaires, à jouer un rôle de stabilisation et de redistribution interrégionale* »¹⁴⁵³.

Dès les années 1960, il est possible de constater que même s'il existait une autonomie financière des collectivités et une participation de celles-ci à la formation financière fédérale, les prérogatives financières fédérales commençaient à se développer, réduisant par conséquent, les pouvoirs financiers des collectivités. Cette évolution s'est faite par différents moyens. Elle s'est faite soit par des réformes constitutionnelles organisant les nouveaux rôles et les nouveaux pouvoirs de chacune des entités comme ce fut le cas au Brésil, soit par des accords entre le fédéral et les autres ordres de gouvernement comme au Canada, soit, enfin, par l'utilisation des pouvoirs du fédéral dans le domaine des compétences concurrentes, agissant parfois dans le champ de compétence des collectivités. Ce fut le cas aux États-Unis et au Canada. Pour les défenseurs de cette tendance, l'objectif n'est pas de se rapprocher le plus possible d'un État unitaire, mais de trouver le meilleur équilibre entre la centralisation et la

¹⁴⁵¹ Voir A. M. Moore, Donald I. Beach et J. H. Perry, *The Financing of Canadian Federation, the First Hundred Years*, Toronto, 1966, p. 110 et s.

¹⁴⁵² Anwar Shah, « Quelques réflexions comparatives quant aux nouveaux défis posés au fédéralisme fiscal », in Raul Blindenbacher et Abigail Ostien Karos, *Dialogues sur la pratique du fédéralisme fiscal : perspectives comparatives*, McGill-Queen's University Press, 2007, pp. 49-50.

¹⁴⁵³ Jean Anastopoulos, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1079, p. 397.

décentralisation financière. Il résulte de cette logique que la répartition des pouvoirs financiers n'est ni définitive, ni équilibrée. La recherche de l'équilibre, du fait de l'existence d'inégalités, ne peut être atteinte que par une compensation de ces inégalités par de nouvelles inégalités. Il s'agit donc, pour les instances les plus aisées financièrement, de contribuer davantage à aider les instances en difficulté afin que ces dernières puissent avoir une capacité financière raisonnable pour pouvoir gérer leurs responsabilités (biens, services publics). Ainsi, M. J. C. Vile écrit que : « *dans ce système, un équilibre est maintenu de telle manière qu'aucun niveau de gouvernement ne devienne prépondérant au point de pouvoir dicter les décisions de l'autre, ce qui n'empêche que chacun puisse influencer sur l'autre, marchander avec lui ou le convaincre* »¹⁴⁵⁴.

Une répartition des ressources en fonction des charges est donc nécessaire pour que l'équilibre puisse être atteint. Guy Héraud écrivait dans ce sens que le partage des ressources est nécessaire pour permettre à « *chaque collectivité, chaque organe, chaque personne d'être à même d'utiliser effectivement les pouvoirs juridiques qui lui sont reconnus* »¹⁴⁵⁵. Pour Jean Anastopoulos, cet équilibre passe par un encadrement des dépenses des États et des collectivités locales, de manière à permettre à ce que la pression fiscale ne soit pas trop importante¹⁴⁵⁶. Cela nécessite donc une entente entre les instances de pouvoir sur les objectifs à atteindre et les moyens pour y arriver. Il faut que celles-ci prévoient un partage des charges financières, un partage et une redistribution des ressources, variables en fonction des époques et des conjonctures. Ainsi, l'établissement des recettes ne doit pas revenir uniquement au pouvoir fédéral, mais plutôt aux États et aux collectivités locales qui s'entendent ensemble, du fait du respect des principes d'autonomie et de coopération, propre à la logique fédérale.

Malgré ces considérations, il ressort des travaux de recherches des vingt dernières années deux types de résultats. Tout d'abord, on constate dans les trois Fédérations étudiées, une maîtrise des ressources fiscales par l'entité fédérale. Celle-ci est à l'origine de la création

¹⁴⁵⁴ M.J.C. Vile, *The Structure of American Federalism*, New York, Oxford University Press, 1961, p. 199.

¹⁴⁵⁵ Guy Héraud, *Les principes du fédéralisme et de la fédération européenne*, Paris, Presses de l'Europe, 1968, p. 60.

¹⁴⁵⁶ Jean Anastopoulos, *op. cit.*, p. 399.

de la grande majorité d'impôts et taxes nouveaux. Ensuite, les bénéfices qui résultent de ces nouvelles ressources financières profitent principalement à l'entité fédérale et non aux gouvernements des États membres¹⁴⁵⁷. À partir de ce constat, un déséquilibre semble manifeste et la question de la mise en place d'un système visant à équilibrer la supériorité fiscale et financière de l'entité fédérale n'est pas prévue, d'un point de vue conjoncturel. Une réforme en profondeur et renversant les règles actuelles semble nécessaire pour envisager un début de rééquilibrage.

B) Une réelle absence de volonté d'équilibre

Si l'équilibre des pouvoirs financiers n'a jamais été atteint dans l'une des trois Fédérations étudiées ici, il semble ressortir de nos analyses que même une recherche d'équilibre n'a pas été une préoccupation principale des dirigeants de ces Fédérations. Preuve de cela, une autonomie des États membres relativisée (1), l'existence de déséquilibres indirectement maintenus (2) et pourtant l'adoption de quelques mesures sauvegardant une once d'autonomie des États membres (3).

1) Une autonomie des États membres relativisée

Les déséquilibres naturels dont sont sujets les États membres d'une Fédération du fait de ressources naturelles plus ou moins abondantes, du poids démographique plus ou moins important et du poids économique plus ou moins grand, font généralement l'objet de mesures dites de « *compensation* ». Le système de péréquation mis en place dans les Fédérations brésilienne, canadienne ou étasunienne censé opérer un rééquilibrage des disparités financières entre les États membres ne donne que des résultats relatifs¹⁴⁵⁸. Les transferts et les aides étant de plus en plus soumis au respect de conditions, les États ne peuvent jouir d'une véritable autonomie financière et politique. En effet, si les ressources des États membres bénéficiant de transferts financiers de la part du gouvernement fédéral se rapprochent (en terme quantitatif) des ressources des États membres les plus riches, les gouvernements bénéficiaires de ces aides ne peuvent généralement en disposer librement puisqu'elles sont soumises au respect de conditions¹⁴⁵⁹. Ces conditions sont le plus souvent relatives à la mise en œuvre de politiques publiques dictées par le gouvernement

¹⁴⁵⁷ Voir notre première partie au titre second du chapitre premier à la section 2 §1.

¹⁴⁵⁸ Voir notre chapitre premier du titre second de la première partie, section 2, paragraphe 2.

¹⁴⁵⁹ C'est le cas aux États-Unis avec les *conditional grants* mais également au Canada.

fédéral, annihilant ainsi toute possibilité de disposer librement de ces ressources¹⁴⁶⁰. Cette influence est manifeste par l'accompagnement de ces subventions par des conditions politiques, administratives et financières. Les obligations financières, demandées par l'entité fédérale, imposent aux États membres ou aux collectivités locales d'effectuer un apport financier à une politique mise en place par une subvention fédérale et contraignent ces dernières à imposer plus lourdement leurs contribuables¹⁴⁶¹. L'obligation de respect de conditions entraîne donc une réduction de la capacité autonome d'agir des collectivités et est une marque d'une centralisation politique. Le problème créé par ces politiques de subventions fédérales est la dépendance des États ou des collectivités à ces aides. Elles deviennent alors de réelles sources de revenus, ayant un caractère continu et nécessaire dont les collectivités ne peuvent se passer. Cette situation est manifeste dans la Fédération étasunienne.

2) L'existence de déséquilibres indirectement maintenus

L'absence de volonté de trouver un équilibre au sein de la Fédération se manifeste aussi par l'existence de déséquilibres véritablement maintenus. Cela conduit à la mise en place de deux formes de déséquilibres. Un premier déséquilibre « *naturel* » empêche les ordres de gouvernement les plus défavorisés financièrement de pouvoir agir dans les mêmes conditions que les ordres de gouvernement les plus riches. Les aides financières ne permettent donc pas d'élever le niveau financier de ces États au niveau des États naturellement favorisés. Le second déséquilibre est relatif au pouvoir de décision et à la liberté d'action des gouvernements les plus « *faibles* » financièrement dont les politiques publiques sont dictées par l'entité fédérale.

La conséquence de cela est le constat d'un déséquilibre maintenu et entretenu par des moyens indirects. Aucun équilibre n'est atteint et il peut être défendu l'idée, et c'est notre cas, que cet équilibre, en plus de ne pas être atteint, est largement maintenu et souhaité par l'entité fédérale qui cherche à asseoir sa supériorité sur les États membres, dans les trois Fédérations étudiées, ici. Ceci est manifeste dans la Fédération étasunienne où les aides conditionnelles sont légion. De plus, le gouvernement fédéral utilise abondamment son pouvoir général de dépenser « *en vue du bien-être général des États-*

¹⁴⁶⁰ Jean Anastopoulos, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1079, p. 265.

¹⁴⁶¹ Voir Jean Anastopoulos, *op. cit.*, p. 268.

Unis »¹⁴⁶², grâce à l'interprétation juridictionnelle de la *Constitution fédérative*. De manière plus générale et après plus d'un siècle pendant lequel les États-Unis ont suivi les principes du fédéralisme dualiste prévu par la Constitution, les pouvoirs du gouvernement fédéral se sont accrus de manière significative. Ceci a été rendu possible particulièrement par la Cour suprême qui, par plusieurs décisions, a reconnu un pouvoir général à la fédération. L'arrêt *McCulloch c. Maryland*¹⁴⁶³ en est un exemple type. Il crée la théorie des pouvoirs implicites qui donnera le pouvoir à la fédération de prendre toutes les mesures nécessaires qui ne lui seront pas interdites par les normes juridiques et constitutionnelles. Le juge Marshall qui sera à l'origine de cette reconnaissance de pouvoirs généraux se basera notamment sur la section huit de l'article I^{er} de la Constitution.

Cette tendance à l'élargissement des pouvoirs du gouvernement fédéral va continuer par la suite. L'arrêt *United States v. Darby Lumber Co.*¹⁴⁶⁴ ira dans le même sens en déclarant que le X^{ème} amendement ne doit pas poser de limite au pouvoir du gouvernement fédéral pour recourir à tous les moyens appropriés et adaptés. Le gouvernement fédéral recevait alors le droit d'agir, notamment financièrement, même dans des domaines qui ne relevaient pas de sa compétence si cela se faisait dans le but du bien être général de la Fédération. Cette logique d'intervention du gouvernement fédéral dans les champs de compétence des États va être d'autant plus renforcée durant la mise en œuvre de la politique du *New Deal*. La Cour suprême assiéra cette tendance en indiquant qu'il n'existe pas dans la Constitution fédérative un principe général qui implique que « *le gouvernement national et les gouvernements des États doivent exercer leurs pouvoirs de manière à ne pas interférer dans l'exercice libre et complet des pouvoirs de l'autre* »¹⁴⁶⁵. Ceci est donc la confirmation de la coopération intergouvernementale qui a pour conséquence, la création d'une atmosphère de compétition.

Cette situation de déséquilibre existe dans une autre mesure dans la Fédération canadienne où le gouvernement fédéral jouit de revenus croissants et qui utilise son

¹⁴⁶² General Welfare Clause.

¹⁴⁶³ Cour suprême, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

¹⁴⁶⁴ Cour suprême, *United States v. Darby Lumber Co.*, 312 U.S. 100, 61 S. Ct. 451, 85 L. Ed. 609 (1941).

¹⁴⁶⁵ « *the two governments, national and state, are each to exercise its powers so as not to interfere with the free and full exercise of the powers of the other* », Cour suprême, *Maryland v. Wirtz*, 392 U. S. 183 (1968).

pouvoir de dépenser « *pour le service public* » dans des domaines de compétence provinciale par le biais des transferts conditionnels. La situation a d'abord été source de complexité. Si le Comité Judiciaire du Conseil privé¹⁴⁶⁶ a donné aux provinces une forme compétence générale, une compétition s'est instaurée avec le pouvoir fédéral qui jouit d'une grande liberté prévue par l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cela a conduit à la mise en place de réunions fédérales-provinciales qui se sont soldées par une domination de l'entité fédérale¹⁴⁶⁷.

Enfin, la Fédération brésilienne ne fait pas exception à cela puisque les gouvernements fédéraux depuis les années quatre-vingt dix n'ont cessé d'empêcher les gouverneurs des États de pouvoir agir dans de bonnes conditions en créant des situations de dépendance financière¹⁴⁶⁸. Un exemple est la loi de « *discipline budgétaire* » entrée en vigueur en 2000 qui, du fait d'une situation économique d'inflation, a réduit la marge de manœuvre des États et a permis au pouvoir fédéral de se renforcer en mettant en place un budget social alimenté par des impôts fédéraux¹⁴⁶⁹. Ces impôts fédéraux portent le nom de « *contributions sociales* ». Malgré une Constitution qui favorisait une importante décentralisation, la situation fiscale brésilienne se caractérise aujourd'hui par des inégalités horizontales et verticales en ce qui concerne la répartition des recettes¹⁴⁷⁰.

Jean Rivero constatait déjà cette future tendance quand il écrivait qu'il apparaît que « *l'évolution économique depuis un siècle a joué, de façon presque uniforme dans le sens de la concentration du pouvoir aux mains de l'autorité centrale (...)* »¹⁴⁷¹. La centralisation est donc bien présente et incontestable dans les trois Fédérations et ce, à des périodes variables selon les pays. Cette centralisation peut être considérée comme une forme de déséquilibre dans le système fédératif. Il ressort de nos analyses que ce

¹⁴⁶⁶ Ancienne cour d'appel.

¹⁴⁶⁷ Eugénie Brouillet, *La négation de la nation*, Québec, Les Editions du Septentrion, 2005, pp. 97-98.

¹⁴⁶⁸ Celina Souza, « Federal Republic of Brazil », in John Kincaid et Alan Tarr, *A Global Dialogue on Federalism - Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Montréal & Kingston, McGill – Queen's University Press, 2005, pp. 95-96.

¹⁴⁶⁹ Voir Jón R. Blöndal, Chiara Goretti et Jens Kromann Kristensen, « La budgétisation au Brésil », *Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire*, vol. 3, n° 1, 2003, pp. 109-146.

¹⁴⁷⁰ Voir Fernando Rezende, « Brésil : préserver la discipline budgétaire malgré les antagonismes régionaux et sociaux », in Raul Blindenbacher et Abigail Ostien Karos, *Dialogues sur la pratique du fédéralisme fiscal : perspectives comparatives*, McGill-Queen's University Press, 2007, pp. 7-10.

¹⁴⁷¹ Jean Rivero, « Introduction à une étude de l'évolution des sociétés fédérales », *Bulletin U.N.E.S.C.O.*, vol. 4, n°1, 1952, p. 35.

déséquilibre est maintenu dans les trois Fédérations américaines par divers moyens selon les cas.

3) L'adoption de quelques mesures sauvegardant une once d'autonomie des États

Au sein de la Fédération canadienne, il doit être entendu que ce qui limite véritablement l'autonomie des provinces est la faible capacité financière de celles-ci du fait de la perception de la majorité des ressources fiscales par le gouvernement fédéral. Ainsi, les mesures permettant de donner une part d'autonomie plus importante aux provinces réside surtout dans le transfert d'aides inconditionnelles. C'est par exemple le cas pour l'enseignement post-secondaire, même si les provinces doivent respecter des « *objectifs nationaux* ». C'est également le cas pour l'assistance sociale et les programmes de santé. Cependant, ces aides inconditionnelles tendent à diminuer.

Le versement de subventions sans obligation de condition prit aussi la forme d'une réduction du poids du fédéral sur les recettes partagées ce qui le conduisit à réduire la part qu'il prélevait sur l'impôt sur le revenu des personnes, laissant ainsi aux provinces la possibilité d'augmenter leurs revenus. Ce fut notamment le cas aux États-Unis avec l'adoption de la *loi d'Assistance financière* de 1972. Au Canada cela fut également mis en place concernant le « *paiement de réajustement pour l'enseignement post-secondaire* ». Comme l'explique Jean Anastopoulos, ce transfert comporte une part inconditionnelle de quatre points de l'impôt sur le revenu des personnes et d'un point de l'impôt sur le revenu des sociétés et une part conditionnelle « *d'ajustements en espèces, attribuable aux augmentations planifiées des dépenses au titre de l'enseignement post-secondaire* »¹⁴⁷².

L'entité fédérale détient un poids important sur les entités fédérées. Cela se manifeste notamment par la capacité financière en terme de ressources du gouvernement fédéral. L'autonomie des États membres est largement relative et des déséquilibres sont maintenus. Il ressort de cela une tendance à la centralisation indéniable, ne tendant pas à se réduire.

¹⁴⁷² Jean Anastopoulos, *op. cit.*, p. 283.

Ce premier paragraphe aura permis de montrer que la recherche d'équilibre financier n'est pas un objectif vers lequel les gouvernants tentent d'aller. Cela est manifeste dans les trois Fédérations américaines et c'est ce que nous allons démontrer dans le paragraphe suivant.

§2 L'absence d'équilibre financier dans les Fédérations étasunienne, canadienne et brésilienne

Chacune des trois Fédérations prouve qu'aucun équilibre financier, actuellement ou même lors de temps passés, n'a jamais réellement pu être instauré. L'évolution de la Fédération étasunienne n'a conduit qu'à une centralisation manifeste des pouvoirs financiers (A), la Fédération canadienne se caractérise par un déséquilibre financier canadien marqué par une succession de tendances centralisatrices et décentralisatrices depuis 1867 (B), et la Fédération brésilienne n'a pu montrer, jusqu'à aujourd'hui que de déséquilibres financiers criants (C).

A) Une centralisation manifeste des pouvoirs financiers aux États-Unis

L'évolution générale du régime fiscal aux États-Unis manifeste un renforcement du pouvoir fédéral (1), entraînant une centralisation évidente des pouvoirs financiers en faveur du gouvernement fédéral (2) et une faible défense de l'autonomie des États (3).

1) L'évolution du régime fiscal aux États-Unis, un renforcement du pouvoir fédéral

Les rédacteurs de la Constitution de 1789 avaient encadré le pouvoir de taxer du Congrès fédéral. Ceci permettait donc au gouvernement fédéral de percevoir des revenus sans passer par les États. Néanmoins, ce pouvoir d'imposer était et est toujours limité et soumis au respect de trois règles précises¹⁴⁷³. Premièrement, le Congrès peut ne pas taxer les exportations. Deuxièmement, il doit répartir les impôts directs entre les États et selon leur population. Troisièmement, il doit établir des impôts de manière uniforme pour toute la nation. Dès 1913, la première règle fut largement modifiée dans son essence puisque le XVI^{ème} amendement formulera que « *le Congrès aura le pouvoir d'établir et de percevoir des impôts sur les revenus, de quelque source qu'ils dérivent, sans répartition parmi les*

¹⁴⁷³ George Alan Tarr, « United States of America », in John Kincaid and George Alan Tarr, *A Global Dialogue on Federalism – Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, vol. 1, Montreal & Kingston – London – Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2005, p. 395-396.

divers États, et indépendamment d'aucun recensement ou énumération ». Cela n'empêcha pas les États membres de taxer les revenus, le gouvernement fédéral et les États de taxer de manière concurrente.

La Constitution ne prévoyant pas de partage des revenus provenant des impôts ni aucune répartition égalitaire, chaque ordre de gouvernement agit selon ses propres volontés¹⁴⁷⁴. Une coexistence des systèmes fiscaux va s'installer dès le début de la création de la Fédération, entraînant parfois des conflits. Dans cette logique, aucune coopération ni aucune coordination ne seront envisagées et aucun équilibre ne pourra être atteint dans le système fiscal étasunien. De plus, la Constitution ne prévient pas d'obligation pour les gouvernements étatiques ou fédéral d'équilibre particulier, ni aucune régulation en ce qui concerne les emprunts des gouvernements étatiques ou locaux. Pourtant, les constitutions des États membres vont, elles, prévoir des obligations financières et fiscales comme les conditions de taxation et d'imposition, les conditions d'emprunt ou l'utilisation des revenus prélevés. George Alan Tarr tire donc la conclusion de cela en écrivant que « (...) *whereas the Federal Constitution places few constraints on the fiscal powers on the federal government and the states, state constitutions impose a variety of limitations* »¹⁴⁷⁵. Il est donc facile de noter l'absence de coordination entre les systèmes fiscaux étatiques et fédéral et l'absence d'équilibre qu'il soit d'un point de vue horizontal entre les États ou vertical entre les États et le gouvernement fédéral.

Toutefois, les années trente opérèrent un changement radical dans ce système. En s'appuyant sur la section 8 (1) de l'article I^{er} de la Constitution fédérative, le gouvernement fédéral imposa les revenus durant la guerre civile, mais n'instaura une taxe permanente et progressive sur le revenu qu'après l'adoption du XVI^{ème} amendement pour ôter tout doute sur la constitutionnalité de cette mesure¹⁴⁷⁶. Le gouvernement fédéral perçut, à partir du milieu du XX^{ème} siècle, la plus grande source de revenus. La situation prévue par le texte constitutionnel fut radicalement changée et les États ne furent plus les principaux collecteurs de revenus. Les États virent leur statut baisser face à l'entité

¹⁴⁷⁴ Les États ont le pouvoir de taxer en toute liberté et sans restriction aucune sauf si cela crée des discriminations entre les personnes ou les entreprises des autres États, ni ne viole un droit civil ou la règle constitutionnelle pour les États de ne pas les importations ou les exportations.

¹⁴⁷⁵ « *Bien que la Constitution fédérative reconnaisse plusieurs limitations des pouvoirs fiscaux au gouvernement fédéral et aux États, les constitutions des États imposent de nombreuses limites* » (traduit par nous) George Alan Tarr, *op. cit.*, p. 396.

¹⁴⁷⁶ George Alan Tarr, *idem*, p. 397.

fédérale, notamment lorsque cette dernière les incita à s'engager dans des programmes fédéraux et leur proposant de recevoir des subventions conditionnelles. La soumission était alors totale et les rôles renversés. Une tendance centrifuge s'installa dès ce moment et continua, à des degrés différents, jusqu'à aujourd'hui.

2) Une centralisation évidente des pouvoirs financiers du gouvernement fédéral

Au début du XX^{ème} siècle, les gouvernements locaux ont eu un rôle primordial dans les dépenses publiques. Edmond Orban indique qu'ils participaient à hauteur de 58% dans les dépenses totales des trois ordres de gouvernement alors que les États ne financent que 8% et le gouvernement fédéral 34%¹⁴⁷⁷. La crise des années trente ainsi que la seconde guerre mondiale vont accroître la part de participation du gouvernement fédéral et réduire la participation des gouvernements locaux. On considère aujourd'hui que la part du fédéral s'élève aux alentours de 75%.

Si l'on étudie l'évolution des ressources des ordres de gouvernement, il apparaît que chacun des trois ordres de gouvernement a vu ses revenus augmenter. Toutefois, cette augmentation n'est évidemment pas identique partout. Les ressources fédérales se sont largement accrues et les ressources des États, tout comme celles des gouvernements locaux, dépendent de subventions fédérales de manière significative. Une véritable « *dépendance financière à l'égard du fédéral* »¹⁴⁷⁸ est observable.

Concernant les aides conditionnelles, un *degré de centralisation* peut être considéré. En effet, si les aides conditionnelles imposent des obligations à respecter pour tous les ordres de gouvernement qui en sont bénéficiaires (États et gouvernements locaux), ces conditions ne sont pas identiques pour tous. Cela signifie que plus le degré de dépendance du gouvernement récipiendaire de l'aide conditionnelle est élevé, plus les conditions à respecter seront importantes. Ainsi, le *degré de centralisation* ne sera pas le même pour un État membre et une ville de moyenne ou de petite taille. Cette dernière devra respecter davantage d'obligations.

La centralisation est d'autant plus renforcée qu'il existe de grandes disparités entre les États membres. Certains jouissent de finances très élevées alors que d'autres n'ont que des ressources propres réduites. De plus, les choix politiques dans l'utilisation

¹⁴⁷⁷ Edmond Orban, *La dynamique de la centralisation dans l'État fédéral : un processus irréversible ?*, Montréal, Ed. Québec/Amérique, 1984, p. 378.

¹⁴⁷⁸ Edmond Orban, *op. cit.*, p. 379.

des ressources varient de manière très forte. Certains États souhaitent aider les classes sociales les plus défavorisées ou tiennent à avoir des services publics de bonne qualité (transports, éducation publique, santé, loisirs, etc...) alors que d'autres n'atteignent pas un niveau correct par rapport à une moyenne des pays développés, comme les pays de l'Union européenne.

Une autre forme de centralisation manifestée par la dépendance des États à l'égard du fédéral est caractérisée par l'évolution des types d'aides octroyées par le gouvernement de Washington. Edmond Orban en donne une liste assez exhaustive¹⁴⁷⁹. On trouve d'abord les « *formula grant* » qui sont des transferts conditionnels en direction de récipiendaires précis. Une somme est attribuée par le Congrès et différents facteurs sont pris en compte pour la sélection des gouvernements qui recevront l'aide. Il convient de préciser que les « *formula grants* » peuvent être de deux types. Ils peuvent soit transférer une somme d'argent déterminée pour couvrir des coûts spécifiques¹⁴⁸⁰, soit consister en un remboursement des coûts engagés à un taux prédéterminé¹⁴⁸¹. Les « *project grants* » sont un second type d'aides et sont octroyées quand le bénéficiaire (ou les bénéficiaires) de l'aide n'est pas précisément identifié ou lorsque l'objectif poursuivi n'est pas évaluable de manière exacte. Les projets visés sont généralement des projets relativement légers et d'une durée limitée. Le caractère centralisateur de l'octroi de ces aides provient évidemment du fait qu'elles sont attribuées par le Congrès et qu'elles concernent des domaines qui peuvent, constitutionnellement, être de compétence étatique ou locale.

La centralisation des pouvoirs financiers aux États-Unis est manifeste. Elle réside dans le fait que le gouvernement fédéral perçoit une part très importante des recettes fiscales mais également dans le fait que les aides qu'il octroie sont fréquemment assorties de conditions qui lient les gouvernements récipiendaires.

3) Une faible défense de l'autonomie des États dans les années deux mille

En raison de difficultés économiques au début des années 2000, plusieurs États membres se trouvaient en situation budgétaire de déficit important. Ils demandèrent l'aide du

¹⁴⁷⁹ Edmond Orban, *idem*, pp. 392-401.

¹⁴⁸⁰ Appelées « *close-ended* ».

¹⁴⁸¹ Appelées « *open-ended* ».

gouvernement fédéral qui refusa¹⁴⁸². Les États, devaient donc trouver des moyens de financer leur déficit par la mise en place de nouvelles taxes et impositions. Il fut alors demandé la fin d'un moratoire sur la taxation des ventes sur internet¹⁴⁸³ pour trouver des sources de financement mais cela ne fut pas accepté. La tendance centralisatrice a néanmoins été quelque peu freinée par l'action de la Cour suprême qui a, par de nombreuses décisions, protégé l'autonomie des États contre les empiètements, voire les invasions du gouvernement fédéral¹⁴⁸⁴. Cela a eu lieu dès le début des années 1990 du fait de la nomination de juges conservateurs par George Bush. Ceci permit de modérer quelque peu la tendance centralisatrice que connurent les États-Unis à partir des années quatre-vingt dix.

La centralisation des pouvoirs financiers dans la Fédération étasunienne s'explique donc par une évolution du système fiscal très favorable au gouvernement fédéral. Ce dernier a ainsi pu se rendre maître de nombreuses sources de financement envers les États, notamment par des aides conditionnelles qui empêchent ceux-ci de déterminer seuls les investissements qu'ils réalisent.

B) Un déséquilibre financier canadien marqué par une succession de tendances centralisatrices et décentralisatrices depuis 1867

Pour illustrer cette succession de tendances contraires et ce déséquilibre incessant, un premier point présentera l'évolution historique des phénomènes de centralisation et de décentralisation des pouvoirs financiers au Canada (1) et un second montrera le mouvement de balancier perpétuel dans la gestion des pouvoirs financiers (2).

¹⁴⁸² Jérôme Elie, « Le fédéralisme américain à l'aube du XXI^{ème} siècle », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, 2003-3, T. 35, p. 412.

¹⁴⁸³ Il s'agit du *Internet Tax Freedom Act* qui interdit aux gouvernements fédéral, provinciaux et locaux d'imposer l'accès à internet et de mettre en place des taxes discriminatoires sur internet. La loi interdit également les impôts multiples sur le commerce électronique. A titre informatif, cette loi a été renouvelée par trois fois depuis 1998, dont la dernière en 2007.

¹⁴⁸⁴ Voir Jérôme Elie, *op. cit.*, p. 413.

1) L'évolution historique des phénomènes de centralisation et de décentralisation des pouvoirs financiers au Canada

L'évolution des tendances centrifuges et centripètes au Canada peut se décomposer en quatre périodes. La tendance générale balance entre centralisation et de décentralisation de 1867 à aujourd'hui (a). Elle se décompose en une période de centralisation décroissante de 1867 à 1914 (b), une période de décentralisation de 1918 à 1929 (c), puis une période de crise de 1929 à 1939 (d) et une ère de fédéralisme centralisé de 1939 à aujourd'hui (e).

a) Le balancement des tendances de centralisation et de décentralisation de 1867 à aujourd'hui

Un des principaux objectifs des fondateurs de la Fédération canadienne consistait en la création d'un grand marché commun transcontinental, s'affranchissant des barrières commerciales entre les colonies¹⁴⁸⁵. Pour réaliser ce projet qui conduisait à unifier les colonies et à créer un espace commun s'étendant d'un océan à l'autre, il fallait un gouvernement fort et donc un pouvoir centralisé permettant une réglementation du commerce optimale, une bonne gestion des transports entre les provinces et de la monnaie. Même si des domaines de compétence étaient laissés aux provinces, comme l'éducation, la santé, la voirie ou le bien-être social, ils n'avaient aucunement le même poids financier que les domaines laissés au fédéral. Concernant les pouvoirs financiers et notamment les pouvoirs de perception des entités canadiennes, le fédéral a été tout de suite doté d'importantes compétences. Il peut prélever des fonds « *par tous modes ou systèmes de taxation* »¹⁴⁸⁶ et détient le droit exclusif de percevoir les droits de douane¹⁴⁸⁷, qui représentaient à la fin du XIX^{ème} siècle, plus des trois quarts des revenus des colonies. Les provinces, quant à elles, détiennent la compétence de relever les impôts directs et les revenus d'exploitation du domaine public¹⁴⁸⁸. Toutefois, les prévisions conduisaient à démontrer que les recettes des provinces ne permettraient pas de couvrir les dépenses et donc que si de nouvelles entrées fiscales n'étaient pas attribuées aux provinces, elles connaîtraient rapidement des situations de déficit. Deux types de solution ont été

¹⁴⁸⁵ Bastien Richard, *Fédéralisme et décentralisation, où en sommes-nous ?*, Ottawa, le Gouvernement, 1981, p. 1.

¹⁴⁸⁶ Article 91 (3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹⁴⁸⁷ En application de l'article 91 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*..

¹⁴⁸⁸ Articles 92 (2) et 92 A de la *Loi constitutionnelle de 1867*..

envisagées. La première, consistant à transférer certains impôts ou taxes du fédéral vers les provinces et la seconde, envisageant plutôt des subventions accordées aux provinces¹⁴⁸⁹. C'est la seconde solution qui fut adoptée, permettant au fédéral de rester maître des revenus qu'il percevait. C'est *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui garantit le versement de ces subventions. Ainsi, dès les premières années de la Confédération canadienne, les subventions représentaient plus de la moitié des recettes des provinces les plus riches et 80% pour d'autres¹⁴⁹⁰.

b) Une période de centralisation décroissante de 1867 à 1914

Malgré le fait que la *Loi constitutionnelle de 1867* établisse une liste exhaustive des subventions aux provinces, l'entité fédérale n'hésita pas à accorder de nouvelles subventions « *spéciales* » à ces dernières. Les accords financiers ne correspondant pas – la plupart du temps – aux exigences financières et budgétaires, des réajustements constants étaient nécessaires pour équilibrer les budgets. Ces arrangements qui n'étaient, à l'origine, que ponctuels et répondant au besoin particulier d'une province, se développèrent et chaque province trouvait une raison pour demander de nouvelles subventions à l'entité fédérale¹⁴⁹¹. Cependant, les difficultés du gouvernement central de transférer toujours plus de subventions du fait, notamment, de la situation économique mondiale en pleine récession, obligèrent les provinces à trouver elles-mêmes, des sources de financement. Leurs besoins grandissant particulièrement dans les domaines de l'éducation et du bien-être social, les provinces usèrent de leur pouvoir d'imposition pour créer ou augmenter des impôts.

En 1906, le gouvernement fédéral organisa une conférence fédérale-provinciale pour ré-envisager les accords financiers passés entre le gouvernement central et les provinces. Ce fut la première et de nombreuses lui succédèrent ensuite, devenant un des symboles du fédéralisme coopératif au Canada. Les clauses de l'accord sur les subventions furent réévaluées¹⁴⁹², entraînant un amendement à *Loi constitutionnelle de*

¹⁴⁸⁹ Bastien Richard, *ibidem*.

¹⁴⁹⁰ Voir A. M. Moore, J. H. Perry et Donald I. Beach, *Le financement de la fédération canadienne*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1966, p. 2.

¹⁴⁹¹ « *Chaque province trouvait dans les modifications apportées aux accords des autres provinces une justification pour exiger un traitement plus équitable de la part du gouvernement fédéral* » Bastien Richard, *idem*, p. 2.

¹⁴⁹² L'accord initial prévoyait que les subventions étaient calculées selon une base de quatre-vingt cents par habitant, avec un plafond à quatre cent mille habitants par ville. À l'issue de cette conférence, le plafond

1867 et une nouvelle clause de « *règlement définitif* » fut insérée dans l'amendement¹⁴⁹³. Malheureusement, cet amendement n'aura de valeur que pour un temps limité puisque la logique fédérative agissant, il ressortira que rien ne peut être définitif dans un système fédératif, notamment les relations fiscales et financières entre l'entité fédérale et les États membres. La période précédant la Première guerre mondiale fut relativement prospère, mais les avancées technologiques (et notamment de l'électricité et de l'automobile) augmentèrent fortement et rapidement les dépenses publiques en infrastructures. Cela conduisit à la création de nouveaux impôts, que ce soit au niveau provincial ou fédéral.

En somme, si la construction fédérale était caractérisée par une centralisation des pouvoirs, les conditions tant sociales, qu'économiques ou politiques entraînèrent un accroissement des pouvoirs provinciaux, notamment en matière financière. Il convient de préciser que ceci se fit avec l'appui du gouvernement central et pas seulement du fait de l'initiative et la volonté des provinces.

c) Une période de décentralisation de 1918 à 1929

Selon Bastien Richard, les onze années qui suivirent la fin de la Première guerre mondiale furent marquées par un retrait de la place du gouvernement fédéral de la scène politique « *et les provinces furent appelées à jouer un rôle prépondérant* »¹⁴⁹⁴. En effet, les principaux domaines d'action publique dans lesquels des financements furent faits concernaient l'éducation, le bien-être social ou la voirie, c'est-à-dire des domaines de compétence provinciale. Cela permit donc au gouvernement fédéral de limiter ses dépenses et de se concentrer sur l'équilibre de son budget. Cependant, les dépenses fédérales étaient trop importantes par rapport à leur budget et à la fin des années vingt, les provinces ainsi que les municipalités dépensaient quasiment 50% de plus que le gouvernement fédéral, chaque année¹⁴⁹⁵. De nouvelles taxes furent mises en place pour permettre aux provinces de financer leurs dépenses¹⁴⁹⁶. De plus, le contrôle des ressources

passa à deux millions et demi d'habitants par ville auquel pouvaient être ajoutés soixante cents par habitant au-dessus du seuil de deux millions et demi d'habitants.

¹⁴⁹³ Amendement à la *Loi constitutionnelle de 1867* sur les accords financiers, Bastien Richard, *Fédéralisme et décentralisation, où en sommes-nous ?*, Ottawa, le Gouvernement, 1981, p. 3.

¹⁴⁹⁴ Bastien Richard, *idem*, p. 4.

¹⁴⁹⁵ Voir A. M. Moore, J. H. Perry et Donald I. Beach, *ibidem*.

¹⁴⁹⁶ Taxes d'accise, sur l'essence et les permis de commerce ou d'automobile ainsi que la constitution de monopoles d'État pour la vente de boissons alcoolisées.

naturelles fut laissé aux provinces en 1930, recevant de surcroît des dédommagements de la part du gouvernement fédéral pour l'exploitation des droits miniers jusqu'alors. Durant cette période, si les subventions fédérales ont augmenté, les recettes des provinces se sont bien davantage accrues. Les subventions fédérales ne représentaient plus que 10% des recettes totales des provinces et les dépenses de ces dernières ainsi que des municipalités étaient doublement supérieures aux dépenses du fédéral.

d) Une période de crise de 1929 à 1939

La crise financière mondiale de 1929 eut, bien évidemment, des répercussions sur l'économie canadienne¹⁴⁹⁷. Les provinces qui avaient fait de nombreux et très importants investissements de modernisation (routes, barrages hydro-électriques, développement urbain) furent touchées de plein fouet par la baisse du niveau de revenu, conséquence de la crise. Elles durent donc augmenter leurs impôts de manière significative, tout comme le gouvernement fédéral. Ainsi, les deux ordres de gouvernement procédèrent tous deux à l'augmentation de leurs revenus « *en dehors de toute coopération intergouvernementale (...) ce qui provoqua ce qu'il est convenu d'appeler la "jungle fiscale" des années 30* »¹⁴⁹⁸. Cependant, le gouvernement fédéral ne tarda pas à allouer des subventions aux provinces qui se trouvaient en grande difficulté. Ces subventions étaient de deux types puisque certaines, face à l'urgence, furent allouées pour des secteurs et sur un laps de temps précis, alors que d'autres s'inscrivirent sur le long terme. Cette période d'une dizaine d'année fut donc marquée par l'aide apportée aux provinces par l'entité fédérale. Cette aide fut essentielle et permit de sauver la plupart des provinces organisant la création d'un certain nombre d'agences nationales pour organiser une collaboration entre les provinces et avec le gouvernement fédéral.

e) Une ère de fédéralisme centralisé de 1939 à aujourd'hui.

Cette période fut marquée par une importante centralisation du fait de deux effets principaux. D'abord en raison de la guerre mondiale qui impliqua le Canada et le conduisit à un effort de guerre. Le gouvernement fédéral accrut ses responsabilités et « fut

¹⁴⁹⁷ Richard Simeon and Martin Papillon, « Canada », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, McGill – Queen's University Press, 2006, p. 101.

¹⁴⁹⁸ Bastien Richard, *idem*, p. 7.

contraint de prélever des sommes considérables auprès de tous les groupes sociaux »¹⁴⁹⁹. Une crainte d'une récession économique au sortir de la guerre joua beaucoup dans la tendance à une centralisation. Cela modifia largement la répartition des compétences prévues par le texte constitutionnel.

Ensuite, la Commission Rowell-Sirois fut chargée de vérifier si les capacités financières des ordres de gouvernement correspondaient bien à leurs responsabilités, si le système fiscal convenait bien et si les charges n'étaient pas trop importantes pour la population et enfin si les budgets des administrations n'étaient pas trop déficitaires et sujets à de trop importantes dettes. Le rapport rendu en 1940 stigmatisa un grand déséquilibre entre les responsabilités et les revenus des ordres de gouvernement¹⁵⁰⁰. Il ressortit de ce constat que des discordances fondamentales existaient entre des responsabilités de portée fédérale financées par des ressources provinciales et inversement que des ressources fédérales servaient finalement à financer des projets provinciaux. Il fut alors recommandé d'opérer une nouvelle répartition des responsabilités et des pouvoirs d'imposition, mais évidemment dans un sens favorable au gouvernement fédéral et donc centralisateur. Cela conduisit à des révisions constitutionnelles en 1940, 1951 et 1964. Ces révisions concernaient principalement la gestion de l'assurance-chômage, les pensions de vieillesse et les prestations additionnelles à ces pensions¹⁵⁰¹.

La centralisation a suivi une tendance de croissance car le coût des dépenses du gouvernement fédéral s'est moins développé que celui des provinces et car le gouvernement fédéral perçoit plus de la moitié de l'impôt des revenus autonomes du pays dont 60% de l'impôt sur le revenu des particuliers¹⁵⁰². De plus, cette tendance centripète a été renforcée par des nombreuses décisions de la Cour suprême canadienne qui a interprété le texte constitutionnel en faveur du pouvoir fédéral. Le professeur Barry L. Strayer écrivait dans ce sens « [...] *one of the fundamental complaints is that the Court is a purely federal emanation, a creation of Parliament, which is subject to*

¹⁴⁹⁹ Bastien Richard, *op. cit.*, p. 13.

¹⁵⁰⁰ Bruno Thérêt, *La protection sociale et le fédéralisme*, Bruxelles, Presses de l'Université de Montréal, P.I.E.-Peter Lang, 2002, pp. 145-146.

¹⁵⁰¹ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, p. 427.

¹⁵⁰² Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *ibidem*.

restriction or even abolition by that body »¹⁵⁰³. La jurisprudence de la Cour suprême renforça de manière importante le déséquilibre fédératif en faveur du gouvernement fédéral à partir des années quatre-vingt¹⁵⁰⁴. Cela renforça véritablement la centralisation des pouvoirs¹⁵⁰⁵. La doctrine canadienne souligna largement l'attitude de la Cour suprême dans de nombreux écrits¹⁵⁰⁶.

Le fédéralisme canadien connut différentes périodes puisque après une tendance centralisatrice à la suite de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*, une période de décentralisation eut lieu jusqu'à la crise de 1929. La gestion de cette crise ne pouvant se faire que par l'action du gouvernement fédéral, une tendance centripète lui succéda et perdura par la suite.

2) Un mouvement de balancier perpétuel dans la gestion des pouvoirs financiers

Le poids et l'importance des capacités financières de chaque ordre de gouvernement jouent un rôle dans la recherche d'équilibre au sein du système fédératif canadien. En effet, des compétences législatives et exécutives sans moyen de mise en œuvre conduisent à une hiérarchie dans laquelle l'ordre de gouvernement qui n'a que des moyens financiers limités se trouve en position d'infériorité, ce qui va à l'encontre de la logique fédérative¹⁵⁰⁷. Les conséquences en sont d'autant plus grandes et aggravées que la capacité réduite de dépenser, résultante de la faiblesse des ressources financières, permet à l'entité fédérale d'agir dans des domaines qui sont normalement de compétence provinciale, et donc de placer l'entité fédérée dans une position de domination. D'un point de vue pratique, cela résulte du fait que les ressources provenant de l'impôt sur le

¹⁵⁰³ Barry L. Strayer, *Judicial Review of Legislation in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1968, p. 209 cité par Eugénie Brouillet, *La négation de la nation*, Québec, Les Éditions du Septentrion, 2005, p. 254.

¹⁵⁰⁴ Eugénie Brouillet, *op. cit.*, p. 263.

¹⁵⁰⁵ Voir, par exemple, les décisions *Capital Cities Communications c. C.R.T.C.*, (1978) 2 R.C.S. 141 ; *R. c. Zellerbach Ltd.*, (1988) 1 R.C.S. 401 ; *General Motors Of Canada c. City National Leasing*, (1989) 1 R.C.S. 695 ; *Banque de Montréal c. Hall*, (1990) 1 R.C.S. 121.

¹⁵⁰⁶ Voir, par exemple, K. M Lysyk, « Reshaping Canadian Federalism », *U.B.C. Law Review*, 13, 1979, pp. 1-37 ; Ghislain Otis, « La justice constitutionnelle au Canada à l'approche de l'an 2000 : uniformisation ou construction plurielle du droit ? », *Ottawa Law Review*, 28, 1996, p. 264 ; Jacques Frémont, « La face cachée de l'évolution contemporaine du fédéralisme canadien », in Gérard-A. Beaudoin et J.E. Magnet, *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, pp. 45 à 56.

¹⁵⁰⁷ Olivier Beaud, « La Fédération entre l'État et l'Empire », in Bruno Thérêt, *L'État, la finance et le social : souveraineté nationale et construction européenne*, Paris, La Découverte, 1995, p. 296.

revenu sont partagées entre les deux ordres de gouvernement¹⁵⁰⁸. Les provinces ne souhaitant pas imposer démesurément leurs contribuables et le fédéral retirant une part importante des recettes, ces dernières ne perçoivent qu'une faible part de cette ressource¹⁵⁰⁹. Ajoutons à cela l'importante part fédérale financière dans les dépenses provinciales du fait de l'octroi d'aides conditionnelles. Entre 8 et 40% des dépenses provinciales proviennent de programmes initiés et/ou contrôlés par le gouvernement fédéral, ce qui réduit considérablement les pouvoirs des provinces et aggrave le déséquilibre qui en résulte¹⁵¹⁰.

De plus, même si des règles ont été adoptées pour permettre un meilleur équilibre des ressources financières, les pouvoirs du fédéral ont toujours été protégés et élargis. Une illustration de cela est la propriété laissée à chaque province de leurs ressources naturelles¹⁵¹¹. Ce droit ne reste qu'un simple droit de propriété puisque le droit de légiférer sur les ressources naturelles est partagé entre les provinces et le fédéral. Le fédéral est le seul propriétaire des ressources naturelles qui ne se trouvent pas sur les territoires provinciaux, ce qui comprend les droits miniers sous-marins au large des côtes. Un véritable phénomène de centralisation a donc résulté de la moindre progression des programmes relevant du fédéral par rapport aux provinces et du fait que le gouvernement d'Ottawa perçoit plus de la moitié des revenus autonomes au pays dont environ 60% de l'impôt sur le revenu des particuliers qui est une ressource à fort potentiel.

S'ajoute à cela une possibilité de dépenser dans des domaines qui relèvent, normalement, de l'autre ordre de gouvernement. Le droit canadien opère une distinction entre ce qu'il appelle « *l'État souverain* » et « *l'État gestionnaire* »¹⁵¹². L'action d'un ordre de gouvernement pourra être possible selon certaines conditions, c'est-à-dire s'il agit en tant que puissance publique ou en tant que gestionnaire de la propriété publique. Cela ne contrevient donc pas aux règles constitutionnelles. Ainsi, l'entité la plus capable financièrement pourra agir dans des domaines qui ne relèvent pas de ses champs

¹⁵⁰⁸ Depuis 1942, un régime d'ententes fiscales quinquennales est conclu entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux.

¹⁵⁰⁹ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, p. 426.

¹⁵¹⁰ Richard Simeon and Martin Papillon, « Canada », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol.2, McGill – Queen's University Press, 2006, p. 39.

¹⁵¹¹ Article 109 de la Loi constitutionnelle de 1867.

¹⁵¹² Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *op. cit.*, p. 79 à 85.

d'intervention. Enfin, lorsqu'un certain équilibre pourra être approché en permettant une aide du gouvernement fédéral aux provinces, ces aides seront souvent assorties de conditions¹⁵¹³. Cela confère bien évidemment, à l'autorité fédérale, une situation de supériorité réduisant ainsi toute portée égalisatrice de l'action et empêchant le déséquilibre de se réduire. Il ressort d'ailleurs, d'un point de vue historique, que c'est l'entité fédérale qui a le plus usé de son droit de dépenser dans des domaines qui ne relevaient pas *a priori* de ses compétences.

Néanmoins, l'importance des pouvoirs de l'entité fédérale et le phénomène de centralisation qui en résulte ont parfois été étouffés par des décisions de la Cour suprême, permettant le balancement propre à tout système fédératif. La décision *A.-G. Canada c. A.-G. Ontario* a ainsi indiqué que le gouvernement fédéral avait agi démesurément en matière d'assurance-chômage, alors de compétence provinciale¹⁵¹⁴. De même, la Cour suprême a jugé que « *l'intrusion fédérale dans le commerce local est tout aussi inconstitutionnelle lorsqu'elle se fait par des achats et des ventes que lorsqu'elle se fait d'une autre manière* »¹⁵¹⁵. La professeure Brouillet et les professeurs Brun et Tremblay expliquent que cela signifie que le fait d'acheter, de vendre ou de simplement dépenser, si cela est fait dans un but de régulation, peut être sanctionné.

La Fédération canadienne n'a donc jamais connu d'équilibre financier depuis sa création. Elle a connu une succession de tendances centralisatrices et relativement décentralisatrices, mais il ressort clairement que c'est une évolution tendant vers la centralisation des pouvoirs financiers qui s'est produite.

C) Les déséquilibres financiers criants de la Fédération brésilienne

La Fédération brésilienne a connu des tendances variables dans le domaine des compétences financières (1) et la *Constitution fédérative de 1988* va maintenir des tensions en revendiquant un rééquilibrage des pouvoirs financiers des États et des communes (2).

¹⁵¹³ Voir, par exemple, Cour d'appel Ontario, *Canada Mortgage and Housing Corp. c. Iness*, (2004) 236 D.L.R. (4th) 241 ou Cour d'appel Ontario, *Central Mortgage Housing Corp. c. Co-operative College Residences Inc.*, (1975) 71 D.L.R. (3d) 183.

¹⁵¹⁴ Cour suprême, *A.-G. Canada c. A.-G. Ontario*, (1937) A.C. 355.

¹⁵¹⁵ Cour suprême, *Avis sur la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, (1978) 2 R.C.S. 1198, 1293.

1) Le développement des tendances financières dans la Fédération brésilienne

La *Constitution de 1891* qui établit la république, constitutionnalisa la répartition des impôts. L'article 9 énumérait les impôts qui reviendraient aux États, tout en laissant la possibilité de créer de nouveaux impôts¹⁵¹⁶. À cette époque et jusqu'au début des années trente, la Fédération brésilienne était jeune et l'entité fédérale était donc encore en proie à de nombreuses faiblesses. Cette période se caractérise donc par une fragilité politique et fiscale de l'Union et, *a contrario*, par de forts pouvoirs des États qui s'étaient déjà organisés depuis longtemps. La *Constitution de 1891* prévoit pour la première fois une aide financière de la part de l'Union, à titre de secours. Ceci se faisait par le versement de subventions aux États membres dans le cas de « *calamités publiques* », en cas de sollicitation de la part de l'État lui-même. Ce sont surtout les relations intergouvernementales qui se développèrent du fait de « *calamités publiques* » durant la première République, mettant ainsi en avant la coopération et le rôle de premier plan des États membres.

La *Constitution de 1934* mit en place un nouveau fédéralisme qui étendit les pouvoirs fédéraux. Elle instaura un changement en créant une tendance centripète du fait d'une concentration des pouvoirs entre les mains de l'Union et une faiblesse du pouvoir des États¹⁵¹⁷. Si les pouvoirs des États n'étaient que relatifs, ils bénéficiaient néanmoins de ressources fiscales propres. La taxe sur les ventes et sur le fret, devenu ensuite l'impôt sur la circulation des marchandises était attribué aux États membres par la *Constitution de 1934*. D'autres revenus comme la *contribuição de melhoria* pouvaient être levée par les États.

La *Constitution de 1937* renforça cette tendance en conduisant le Brésil vers une organisation véritablement unitaire. En un demi-siècle, le Brésil passa donc d'une organisation où les États étaient seuls responsables de leur destin, même si l'Union commençait à jouer un rôle discret et fédérateur, à un statut de véritable dépendance.

La *Constitution de 1946* renforça le poids de l'Union dans les États. Les compétences en matière législative de la fédération et son pouvoir administratif furent

¹⁵¹⁶ Article 11 de la *Constitution de 1891*.

¹⁵¹⁷ Raul Machado Horta, « Tendências do federalismo brasileiro », *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n°28, janeiro de 1970, pp. 23-24.

accrus¹⁵¹⁸. Il en fut de même en matière financière par la reconnaissance du pouvoir de prendre davantage de mesures dans ce domaine. La *Constitution de 1946* permit le transfert de ressources fédérales vers les États par l'attribution à ces derniers et aux communes d'une partie des impôts perçus par le gouvernement fédéral.

Une grande réforme fiscale fut réalisée en 1965 et constitutionnalisée par un amendement¹⁵¹⁹. Cette réforme visait à unifier et intégrer le système fiscal notamment en refondant le système de répartition des impôts selon les ordres de gouvernement. Elle tendit, tant d'un point de vue juridique qu'économique, vers une forte centralisation en réduisant le pouvoir d'imposition des États et des communes.

La *Constitution de 1967* continua dans la même direction en consacrant l'expansion des pouvoirs fédéraux et ne modifiera pas ce système qui va tendre vers davantage de centralisation. Le pouvoir financier des États et des municipalités fut encore diminué concernant les règles générales d'imposition alors que le pouvoir résiduaire d'imposer fut seulement laissé au pouvoir fédéral¹⁵²⁰. De plus, l'encadrement normatif de la part de l'entité fédérale fut étendu par la *Constitution de 1967*, accompagné par l'obligation de surveillance et de régulation de celle-ci sur les entités régionales dans de nombreux domaines antérieurement dévolus aux États membres. Les normes fédérales augmentèrent de façon importante quantitativement réduisant par là même l'autonomie des États. Le système fut réellement centralisé.

Le Brésil connut donc, après une période d'autonomie fiscale des États membres, une véritable centralisation des pouvoirs fiscaux.

2) La fausse volonté de rééquilibrage des pouvoirs financiers des États et des communes de la Constitution de 1988

Si la *Constitution fédérative de 1988* n'apporte pas de réel changement par rapport au système financier et fiscal précédent¹⁵²¹, elle incite à une certaine décentralisation et à une

¹⁵¹⁸ Ana Maria Brasileiro, « O Federalismo Cooperativo », *Revista Brasileira de Estudos Politicos*, Julho de 1974, n°39, Belo Horizonte, UFMG, p. 98.

¹⁵¹⁹ Amendement n°18/1965 à la *Constitution de 1946*.

¹⁵²⁰ Raul Machado Horta, *op. cit.*, pp. 35 à 45.

¹⁵²¹ Voir Ulhôa Canto, « O Systema Tributário Nacional », *A Constituição Brasileira – 1988*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988 cité par Flávio Bauer Novelli, « Notes on the Brazilian Tax System », *A Panorama of Brazilian Law*, Lynne Rienner, University of Miami, 1992.

autonomie financière des États et des municipalités par le transfert d'impôts fédéraux¹⁵²². Elle envisage une répartition des revenus entre les ordres de gouvernement et établit des compétences exclusives et communes¹⁵²³. Les articles 157 et 158 de la *Constitution fédérative de 1988* détaillent les sources de revenus revenant aux États et aux communes et l'article 159 détaille lui aussi les proportions des impôts perçus par le gouvernement fédéral et qui feront l'objet de transferts vers les États et les communes. Des lois complémentaires seront adoptées par la suite pour compléter les dispositions de la Constitution, mais il n'est pas nécessaire d'apporter davantage de détails sur les types de ressources revenant aux trois ordres de gouvernement car c'est bien le type de répartition qui nous intéresse ici et non les types de revenus, eux-mêmes. Il convient de préciser néanmoins, que la création ou l'augmentation d'impôts ne peut être autorisée que par une loi constitutionnelle. Cette loi constitutionnelle doit être intégrée soit à la *Constitution fédérative de 1988*, soit à la Constitution d'un État ou par une loi organique municipale. Un premier point sera abordé ici pour montrer l'ambiguïté de la *Constitution fédérative de 1988* qui opère une décentralisation financière mais *a contrario* une centralisation législative et administrative, qui conduira à des tensions (a). Un deuxième point permettra de voir que cette décentralisation est trompeuse puisque des amendements

¹⁵²² Article 155 concernant les États et le District fédéral : « *Il appartient aux États et au District fédéral d'instituer les impôts sur:*

I - les transmissions à cause de mort et les donations de tous biens et droits;

II - les opérations liées à la circulation des marchandises, les prestations de services de transport entre États et entre communes, les prestations de services de communication, même lorsque ces opérations et prestations commencent à l'étranger;

III - la propriété des véhicules automoteurs ».

Article 156 concernant les communes : « *Il appartient aux Communes d'établir des impôts sur: I - la propriété bâtie et non bâtie en zone urbaine; II - la transmission entre vifs à titre onéreux, de quelque manière que ce soit, de biens immeubles par nature ou par destination physique et de droits réels sur les immeubles, à l'exception des garanties, ainsi que la cession des droits à leur acquisition; III - les services de toute nature non visés à l'article 155 –II » (i.e. « exempté les exportations de services »).*

¹⁵²³ Les compétences exclusives sont réparties comme suit :

- le gouvernement fédéral est compétent pour les impôts ordinaires (article 153), les impôts résiduels (article 154-I), les impôts de guerre extraordinaires (article 154-II), les emprunts obligatoires (article 148), les contributions quasi-fiscales (article 149), les impôts subfédéraux d'État ou municipaux si le territoire n'a pas été divisé en régions (article 147) ;

- les États sont compétents pour tous les impôts indiqués à l'article 155 ;

- le District fédéral est compétent pour les impôts prévus aux articles 155, 156 et 157 ;

- les collectivités sont compétentes pour les impôts précisés à l'article 156.

Les compétences fiscales conjointes se rapportent essentiellement aux taxes résultant du pouvoir de police ou l'exercice des services publics.

Pour plus de précisions sur les impôts brésiliens voir le 1) du A) du § 2 de la section 1 du chapitre premier du titre second de la première partie de ce travail.

constitutionnels ont réduit le pouvoir financier au niveau régional (b), renforçant les déséquilibres financiers régionaux (c).

a) Décentralisation financière et centralisation législative et administrative, sources de tensions

La logique de distribution des pouvoirs est paradoxale au Brésil. D'un côté, les revenus du gouvernement fédéral ont été diminués en comparaison avec les autres ordres de gouvernement et de l'autre, le rôle en matière législative et judiciaire du gouvernement fédéral s'est accru.

Les constitutionnalistes considèrent que la répartition verticale des pouvoirs joue en faveur de l'Union du fait de son rôle central dans de nombreux domaines de politiques publiques et les faibles ressources de certains États membres en situation de pauvreté et d'incapacité d'agir¹⁵²⁴. Aucun mécanisme ni aucune institution ne sont prévus pour réguler les relations intergouvernementales dans la *Constitution de 1988*. Une loi complémentaire devra prévoir la régulation des relations entre les ordres de gouvernement. Cela n'empêche pourtant pas les relations intergouvernementales d'exister et de fonctionner tout à fait correctement, notamment dans le secteur de répartition des ressources fiscales, même si ce secteur est considéré comme relativement centralisé¹⁵²⁵. Il faut néanmoins signaler que le manque de régulation textuelle des relations intergouvernementales a conduit à l'existence d'une compétition entre les États membres et particulièrement, fiscale.

Pour Celina Souza, le fait que le Brésil ait connu sept constitutions en un siècle est une preuve de la difficulté de trouver un équilibre dans le mode de gouvernance¹⁵²⁶. Les mises en difficulté des modes de gouvernance qui se sont succédés sont généralement dues à des changements de l'organisation politique ou des conditions économiques lors de crises. La *Constitution fédérative de 1988* a souhaité renforcer un certain nombre de points qui avaient montré leurs limites dans la recherche d'un équilibre au sein de la Fédération. Pour cela, elle a donné davantage de pouvoirs au

¹⁵²⁴ Celina Souza, « Federal Republic of Brazil », in John Kincaid et Alan Tarr, *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Montréal & Kingston, McGill – Queen's University Press, 2005, p. 87.

¹⁵²⁵ Kent Eaton and Tyler Dickovick, « The Politics of Re-Centralization in Argentina and Brazil », *Latin American Research Review*, vol. 39, n°1, 2004, pp. 90-122.

¹⁵²⁶ Celina Souza, *op. cit.*, p. 99.

gouvernement. Cela n'a cependant pas empêché l'existence de tensions¹⁵²⁷. Deux types de tensions sont principalement perceptibles. Premièrement, la mondialisation de l'économie et le développement d'une demande macro-économique ont obligé à un contrôle fiscal plus poussé et plus attentif. Cela a réduit le champ d'action et de dépense des gouvernements des États membres et des municipalités, notamment en matière de dépenses publiques régionales. La réduction de la marge de manœuvre des États membres et le plus grand contrôle porté sur les finances ont entraîné d'importantes tensions du fait de l'impossibilité de réduire certaines inégalités à cause de la réduction du champ d'intervention. Deuxièmement, un second type de tension est apparu dans la prise de décision pour les sujets qui ont été constitutionnalisés. La *Constitution fédérative de 1988* ayant voulu détailler au maximum des points qui auraient pu faire l'objet de lois complémentaires ou de décrets d'application a, en conséquence, complexifié un bon nombre de procédures. La modification constitutionnelle étant lourde et longue, car devant passer par des négociations avec le Congrès la plupart du temps interminables¹⁵²⁸, la résolution des conflits engendrés se fait souvent par la voie judiciaire de la Cour suprême fédérale.

Les tensions entre les ordres de gouvernement sont d'autant plus vives qu'il n'existe que peu de mécanismes prévoyant la coordination entre ceux-ci. Toutefois, l'application de certains principes prévus par la Constitution pourrait permettre un déséquilibre moins important entre les conditions d'action des régions et les problèmes auxquels elles doivent faire face¹⁵²⁹. Ce n'est malheureusement pas le cas pour le moment, ce qui conduit à maintenir une tension au sein des ordres de gouvernement et ainsi un équilibre impossible à trouver.

b) Des amendements constitutionnels diminuant le pouvoir financier des États membres et des communes

À côté des compétences des États et des communes, notamment en matière législative, ceux-ci ont également des compétences financières. La *Constitution fédérative de 1988* leur conférait, à l'origine, de larges compétences financières pour permettre une

¹⁵²⁷ Celina Souza, *idem*.

¹⁵²⁸ Le Congrès regroupant la Chambre des Députés (composée des représentants du peuple) et le Sénat (composé des représentants des régions), les tensions sont courantes puisque les députés sont sous l'influence de l'exécutif fédéral alors que les sénateurs représentent les intérêts des États.

¹⁵²⁹ Celina Souza, *op. cit.*, p. 101.

autonomie propre à toute entité composant la Fédération et jouissant d'un statut particulier, mais cette autonomie a été réduite par la suite, limitant par là même, les effets de la décentralisation¹⁵³⁰. Des amendements au texte constitutionnel ont modifié les compétences des États et réduit leur autonomie. Comme l'indique Paulo Vanderlei Vargas Groff, l'amendement constitutionnel n°1 du 31 mars 1992 qui a modifié le §2 de l'article 27¹⁵³¹ et ajouté les alinéas VI et VII de l'article 29¹⁵³², a encadré le montant des rémunérations des députés des États ainsi que des conseillers municipaux¹⁵³³. Ensuite, l'amendement constitutionnel n°3 du 17 mars 1993 a modifié une partie des ressources des États et des communes. L'article 3 a réformé la compétence des États leur permettant d'instituer une augmentation de l'imposition sur le revenu et l'article 4 a tout simplement mis fin à l'imposition sur la vente de combustibles au consommateur, de compétence municipale¹⁵³⁴. Ces modifications du texte constitutionnel ont réduit l'autonomie des collectivités étatiques et municipales par la volonté de l'entité fédérale. Cela a donc limité le champ de la décentralisation mise en place en 1988.

c) Les déséquilibres financiers régionaux

Concernant la politique de redistribution des ressources fiscales, le Brésil fait montre d'une grande décentralisation. La *Constitution fédérative de 1988* a transféré au profit des États et des municipalités certaines ressources et enveloppes budgétaires ainsi que modifié certaines bases d'imposition à leur endroit, nous l'avons dit. Cependant, aucune véritable politique n'a été mise en place pour allier ces nouvelles capacités financières à une stratégie de développement régional¹⁵³⁵. Il doit être ajouté que les ressources des États faisant l'objet, pour une importante part, de redistribution aux municipalités, il existe de sérieuses différences entre les États les plus riches et les autres. En effet, la taxe

¹⁵³⁰ Paulo Vanderlei Vargas Groff, *L'État fédéral et la démocratie au Brésil : l'application du principe de subsidiarité*, thèse, Paris, 2000, réimprim. Lille, 2002, p. 186.

¹⁵³¹ « § 2. La rémunération des députés subfédéraux est fixée au cours de chaque législature pour la suivante, par l'Assemblée législative, conformément aux dispositions des articles 150 -II, 153 -III et 153 -§ 2-1, et ne peut être supérieure à 75 % de celle fixée, en argent, pour les députés fédéraux ».

¹⁵³² « VI - la rémunération des conseillers municipaux ne peut être supérieure à 75 % de celle fixée, en argent, pour les députés subfédéraux, sous réserve des dispositions de l'article 37 -XI; VII - le montant des ressources affectées à la rémunération des conseillers municipaux ne peut être supérieur à 5 % des recettes de la commune ».

¹⁵³³ Paulo Vanderlei Vargas Groff, *ibidem*.

¹⁵³⁴ Pour ces deux amendements, voir Paulo Vanderlei Vargas Groff, *idem*, p. 187.

¹⁵³⁵ Wayne A. Selcher, « The Politics of Decentralized Federalism, National Diversification and Regionalism in Brazil », *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 40 : 4, 1998, pp. 38 à 40.

sur la circulation des services et des biens qui est une taxe sur la valeur ajoutée est la ressource principale des municipalités et provient des États¹⁵³⁶. Certains États souhaitant faire venir des capitaux et des entreprises réduisent cette taxe, ce qui favorise seulement les États ayant déjà des capacités financières importantes, leur permettant de se passer de cette source de revenu. Les écarts se creusent donc d'autant plus avec les États qui ne peuvent s'en dispenser. La conséquence générale est une baisse des revenus des municipalités qui, dans le cas où elles se trouvent dans des États qui réduisent cette taxe, voient le montant des transferts des États diminuer, et dans le cas des États plus pauvres, n'ont que des montants de transferts réduits. Ceci conduit donc à une « *guerre fiscale* »¹⁵³⁷ ce qui, bien évidemment, ne peut correspondre à une décentralisation réussie. Le gouvernement fédéral reste responsable de la coordination des politiques et notamment des problèmes financiers des États et des municipalités. Il assure et comble les dettes et les déficits en dernier ressort. C'est la dernière autorité qui agira subsidiairement en cas de déficit ou de graves problèmes budgétaires des gouvernements régionaux¹⁵³⁸. Brasilia reste donc très présente et son autorité est très prégnante. L'autonomie des États et des municipalités reste ainsi très relative selon les situations de dépendance financière.

Pour Wayne A. Selcher, le Brésil par sa volonté de décentralisation souhaitée et favorisée par la *Constitution fédérative de 1988* mais avec un poids de l'entité fédérale toujours supérieur aux entités régionales, oscille entre « *municipalisme et globalisation* »¹⁵³⁹. Il existe donc une tension entre les pouvoirs et les responsabilités donnés aux ordres de gouvernement régionaux (étatique et municipal) et les capacités financières de ceux-ci. Les États, selon leur poids économique et financier, tout comme les municipalités jouissent différemment d'une véritable autonomie. L'élan donné par la Constitution pour une plus grande décentralisation et souvent freiné d'agir par les possibilités pour les ordres de gouvernement régionaux. L'équilibre n'est donc pas atteint. Une tension toujours mouvante caractérise le fédéralisme brésilien.

¹⁵³⁶ Marcelo Piancastelli, « The Federal Republic of Brazil », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, McGill – Queen's University Press, 2006, p. 78.

¹⁵³⁷ Wayne A. Selcher, *op. cit.*, p. 41.

¹⁵³⁸ Voir Wayne A. Selcher, *idem*, p. 42.

¹⁵³⁹ Wayne A. Selcher, *idem*, p. 45.

D'un point de vue fiscal, le Brésil a connu de nombreuses évolutions et notamment en ce qui concerne les ressources fiscales des États membres. Ces évolutions ont généralement suivi la répartition des pouvoirs législatifs et exécutifs et ont donc conduit à des phases parfois opposées de faiblesse de revenus des États ou de périodes de ressources suffisantes. La situation actuelle manifeste un déséquilibre financier marqué en faveur du gouvernement fédéral.

Ce paragraphe 2 aura permis d'illustrer l'absence d'équilibre financier dans les Fédérations canadienne, étasunienne et brésilienne. Si des tendances de centralisation et de décentralisation peuvent être identifiées dans les trois Fédérations, il est manifeste que les situations de centralisation sont plus nombreuses tout au long de l'histoire de ces Fédérations. Aujourd'hui, cette même tendance se retrouve ce qui conduit à considérer que les déséquilibres sont indéniables dans ces trois Fédérations et que les équilibres financiers n'ont jamais été atteints, c'est ce que nous avons tenté de démontrer dans cette section 2.

CONCLUSION

Les analyses de ce chapitre montrent que les trois Fédérations américaines n'ont jamais trouvé de situation d'équilibre entre les forces fédérales et fédérées. Ce déséquilibre a pu être constaté du point de vue du pouvoir législatif dans le rapport étatique/national. Les tendances de centralisation et de décentralisation des pouvoirs législatifs ont toujours balancé en faveur d'un des deux ordres de gouvernement sans jamais trouver d'équilibre des forces. Il en a été de même du point de vue de la répartition des pouvoirs financiers, principalement maîtrisés par l'entité fédérale dans les trois Fédérations et cela tout au long de leurs histoires respectives, malgré des périodes de décentralisation. Cela illustre donc bien le mouvement de balancier perpétuellement recommencé entre des déséquilibres de pouvoirs, parfois pesant du côté fédéral et d'autres fois, en faveur des provinces. L'équilibre n'est jamais atteint, il n'est pas véritablement recherché puisque chaque ordre de gouvernement cherche toujours à avoir plus et prendre ou reprendre ce qu'il n'a ou n'avait pas ou plus.

C'est pour cette raison que nous ne considérons pas de logique dialectique dans un système fédératif, mais bien plutôt une logique de *dialogique* qui ne révèle aucune synthèse dans le système, mais un balancement perpétuel d'un côté puis d'un autre. Les organisations hétérogènes des rapports de force entre les États membres et la fédération ou dans la gestion des pouvoirs financiers, au sein des trois Fédérations, ne peuvent témoigner d'un *modèle* qui se retrouverait dans chacune d'elles. Pour autant, la dialogique peut être considérée comme un *outil fédératif* qui permettra de construire, façonner et faire évoluer tout système fédératif. La logique *dialogique* fait donc partie de la **définition** du fédéralisme. Cela amène à considérer la logique fédérative d'un point de vue totalement différent en reconsidérant les relations et les rapports de forces entre les différents ordres de gouvernement, les différents groupes composant la Fédération. C'est ce que nous verrons dans la conclusion de cette thèse.

Ces conclusions ont une conséquence fondamentale sur l'approche interne de tout pouvoir existant et agissant dans un système fédératif : il ne s'agit plus de chercher un équilibre ou de chercher à renforcer le poids d'une force qui se considérerait comme moins puissante qu'une autre. Ce déséquilibre est consubstantiel au fédéralisme et les balancements, c'est-à-dire, la supériorité d'une force sur une autre doit être acceptée. Cependant, cette supériorité ne doit pas être perpétuelle. Elle doit être limitée dans le

temps. Les raisons de la supériorité d'une force doivent être légitimées par des causes précises et justifiées (ou justifiables) selon les principes étant défendus par la Fédération en question.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

La logique dialectique ne peut être rattachée à la logique fédérative. Nous avons pu constater que le fédéralisme portait en lui-même la confrontation des forces contraires et contradictoires, mais qu'aucune synthèse, aucun équilibre n'est jamais trouvé. C'est en cela que nous pensons qu'il est plus à même de parler de logique dialogique. En effet, il se produit tout au long de l'existence de chaque Fédération un balancement entre les forces composant la Fédération, qu'elles soient étatique ou nationale, politiques, religieuses, économiques, ou autres.

Nous considérons que la dialogique est un *invariant* propre aux trois Fédérations étudiées ici et propre au fédéralisme. Cette logique dialogique étant différemment utilisées dans les trois Fédérations, il nous paraît plus pertinent de la voir comme un *outil* que comme un simple aspect propre au fédéralisme et à sa **définition**.

Cet *outil dialogique* peut se manifester à différents niveaux et sous différentes formes. Nous avons décidé d'illustrer l'existence de la dialogique sous deux angles d'approches fondamentaux. Le premier, qui constitue le premier chapitre de ce titre second, s'attache à comprendre les rapports entre quatre grands principes essentiels du fédéralisme. Ces principes sont la séparation, l'autonomie, la participation et la coopération. Ces quatre principes sont mis en œuvre de manière variable selon chaque Fédération.

Le deuxième angle d'approche de l'*outil dialogique* est appréhendé dans le chapitre second et démontre l'impossible atteinte de l'équilibre dans le fédéralisme des trois Fédérations américaines. Cela est illustré par les tendances centralisatrices et décentralisatrices dans chaque Fédération et par les difficultés à trouver un équilibre des pouvoirs financiers.

L'*outil dialogique* peut donc se manifester par différents *outils*. Nous avons vu dans ce titre second que l'*outil dialogique* pouvait être appréhendé selon des angles variables. Cela confirme bien la nature d'*outil* de la dialogique car elle est un instrument qui sera utilisé différemment selon les objets et les situations et permettra de moduler, de construire selon les conditions propres à chaque Fédération.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

En complétant et confirmant l'analyse faite dans la première partie de ce travail, nous avons pu constater qu'il n'existait pas de *modèle fédératif*. Chacune des trois Fédérations étudiées dans cette thèse ne s'est pas construite selon les mêmes buts, les mêmes aspirations et selon les mêmes règles. Il en va de même pour l'évolution de chaque Fédération qui a suivi des chemins propres à ses conditions historiques, politiques, juridiques, sociologiques et économiques. Pourtant, des *invariants* sont communs à ces trois Fédérations. Ceux-ci ayant pris des formes diverses selon chaque Fédération, nous avons décidé de les voir comme des *outils*, caractéristiques de la logique fédérative, permettant de construire et d'adapter chaque principe propre au fédéralisme selon l'environnement de chaque Fédération. La seconde partie a poursuivi la recherche des éléments formant la **définition** du fédéralisme. Elle a mis en exergue l'existence (et l'importance) de deux nouveaux *outils*. Le premier est l'*outil contractuel* qui se manifeste lors de la création de la Fédération et lors de la mise en œuvre de la souveraineté. À côté de l'*outil contractuel*, nous avons souligné la portée et le rôle primordial de l'*outil dialogique* qui régit la logique fédérative en ne cherchant pas à trouver de synthèse ou d'équilibre dans chaque Fédération mais plutôt à gérer les déséquilibres par des balancements dans les rapports de forces au sein de chaque Fédération. Cela concerne la gestion de quatre grands principes essentiels de la logique fédérative (principes de séparation, d'autonomie, de participation et de coopération) et les rapports entre les forces centripètes et centrifuges, que ce soit au niveau des pouvoirs législatifs et exécutifs (centralisation/décentralisation) ou au niveau des pouvoirs financiers.

CONCLUSION GÉNÉRALE

I La question de la définition du fédéralisme

Au terme de ce travail, nous considérons que le fédéralisme ne peut légitimement être défini selon des caractéristiques fixes. Il n'est pas un cadre, c'est-à-dire une structure finie qui tend à être reproduite en tant que schéma général. Le fédéralisme ne peut pas être perçu comme un *modèle*¹⁵⁴⁰. Tout au contraire, le fédéralisme est un système¹⁵⁴¹, un ensemble vivant et en perpétuelle évolution. Le fédéralisme ne peut recevoir de définition unique. Cela se justifie par le fait qu'il n'existe pas une mise en œuvre du fédéralisme, c'est-à-dire *la* Fédération, mais *des* Fédérations. C'est ce que nous avons tenté de démontrer tout au long de cette thèse par les éléments que nous avons pris pour angles d'approches, qui représentent des éléments fondamentaux et structurants dans la logique fédérative. Pour autant, si nous pensons qu'il n'existe pas d'éléments arrêtés et précis composant un *modèle fédératif*, la logique fédérative ne peut se passer de caractères propres à son existence et de ce que nous qualifions d'*outils fédératifs*. Il est manifeste que des techniques, des indicateurs sont utilisés dans chacune des entités prises comme objet d'étude, mais une forme fixe et ayant des manifestations identiques ne se retrouve pas. M. J. C. Vile rappelait que le fédéralisme est : « *un ensemble de techniques* ¹⁵⁴² [...] *constitutionnelles, juridiques, politiques, administratives et financières qui permettent d'équilibrer ou de contrebalancer l'équilibre entre l'interdépendance mutuelle et l'interdépendance entre les ordres de gouvernement* »¹⁵⁴³.

Le fédéralisme doit être compris et **défini** comme un système organisé autour de quatre principes essentiels et structurants et d'*outils fédératifs*, modelant chaque Fédération.

¹⁵⁴⁰ La question de l'existence du modèle est d'ailleurs plus généralement difficile à envisager. Guillaume Tusseau analyse le problème de l'existence d'un modèle de justice constitutionnelle en réfutant cette idée. Voir Guillaume Tusseau, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle – Essai de critique méthodologique*, Bologna, Bononia University Press, 2009, 87 p.

¹⁵⁴¹ Voir la définition du système aux pages 15 et s.

¹⁵⁴² Souligné par nous.

¹⁵⁴³ M. J. C. Vile, « Federal Theory an the “New Federalism” », in D. Jaensch *The Politics of “New Federalism”*, Adelaïde, Australian Political Studies Association, 1977, p. 3.

Les principes essentiels organisant le fédéralisme lui sont consubstantiels, car sans l'un d'entre eux, le système ne peut exister en tant que tel. Ces quatre principes sont les principes d'autonomie, de séparation, de participation et de coopération. Ils organisent les rapports entre chaque membre de la Fédération d'un point de vue horizontal et vertical et font l'objet de mises en œuvre particulières selon chaque cas. Ces principes, alliés aux *outils* fédératifs, façonneront chaque Fédération selon les choix des constituants ainsi que des forces institutionnelles ou politiques.

Les *outils* sont des instruments qui permettent de construire chaque système fédératif selon des conditions et des choix particuliers. Ainsi, à défaut d'être des objets finis au sein de chacun des systèmes, les *outils* sont des invariants de chaque Fédération que nous avons étudiée. Ces *outils* sont clairement identifiés et vont permettre à chaque Fédération d'exister, c'est-à-dire d'être créée et d'évoluer. Deux grands types d'*outils* sont identifiables : l'*outil contractuel* et l'*outil dialogique*. Ces deux *outils* vont connaître des déclinaisons.

Le premier *outil* est l'*outil contractuel*. Il est un élément essentiel de la logique fédérative, car il sera au fondement de la création de chaque Fédération : l'alliance, le pacte entre le peuple (dans sa diversité) ou les peuples composant la Fédération qui vont décider de s'associer dans un nouvel ensemble (Fédération par association) ou qui vont choisir de répartir des compétences entre chaque composante de la Fédération (Fédération par dissociation) et dans un but commun, doit être vu comme une forme de contrat. On parle alors de « *Pacte fédératif* ». C'est la première forme d'*outil contractuel*.

L'*outil contractuel* va ensuite se décliner sous l'angle de la souveraineté qui aura des manifestations variables selon les cas. D'abord dans son fondement puisque chaque système fédératif choisira de faire reposer la souveraineté sur le peuple ou sur le pouvoir constituant. Ensuite dans son application car la question de la souveraineté et sa mise en œuvre feront varier l'organisation des compétences législatives, exécutives et financières selon chaque Fédération.

L'*outil contractuel* se déclinera enfin par la question de la répartition et nous pourrons parler alors d'*outil répartiteur*. Il consiste à organiser et répartir les compétences de chaque ordre de gouvernement selon les conditions historiques, sociologiques, politiques, juridiques et économiques de chaque Fédération. Cet *outil* a un double rôle : il va d'abord servir à répartir les compétences législatives, desquelles découleront les compétences exécutives et administratives, puis il servira ensuite à

répartir les compétences financières qui permettront à chaque ordre de gouvernement de pouvoir mettre en œuvre les pouvoirs législatifs qui seront les leurs.

Le deuxième grand *outil* est un *outil* plus général et qui aura pour objet de réguler les forces de chaque Fédération : *l'outil dialogique*. Cet *outil* recouvre une importance capitale car il va permettre d'envisager la logique fédérative pour construire et développer chaque Fédération. *L'outil dialogique* conduit à considérer la logique fédérative non pas selon une approche dialectique, mais selon une approche dialogique. Cela signifie que le fédéralisme ne doit pas envisager de synthèse ou d'équilibre entre les forces contradictoires ou opposées au sein de la Fédération. Au contraire, le fédéralisme doit être compris comme un balancement des forces, jamais équilibré. Les déséquilibres font partie de la logique fédérative, ils ne peuvent être évités car ils sont une caractéristique propre au fédéralisme. Cela a une conséquence fondamentale sur l'approche interne de tout pouvoir existant et agissant dans un système fédératif : il ne s'agit plus de chercher un équilibre ou de chercher à renforcer le poids d'une force qui se considérerait comme moins puissante qu'une autre. Ce déséquilibre est un postulat et les balancements, c'est-à-dire la supériorité d'une force sur une autre, doivent être acceptés. Toutefois, cette supériorité ne peut pas être perpétuelle. Elle doit être limitée dans le temps. Les raisons de la supériorité d'une force nécessitent d'être légitimées par des causes précises et justifiées (ou justifiables) selon les principes défendus par la Fédération en question. Il doit être admis que ces déséquilibres répondent généralement à des conditions précises. En effet, les périodes de crise économique, par exemple, conduisent à davantage de centralisation des pouvoirs car l'entité fédérale aura davantage de facultés à réguler et gérer les difficultés. À l'inverse, en période de relative quiétude, la décentralisation des pouvoirs (législatifs et financiers) sera plus facile et souhaitable. *L'outil dialogique* va ainsi conduire à organiser et réguler ensemble les quatre grands principes qui fondent la logique fédérative : l'autonomie, la séparation, la participation et la coopération. Ces principes devront être mis en œuvre selon les conditions qui seront déterminées par le texte constitutionnel et selon les choix politiques qui seront faits, mais tout en laissant la possibilité de modifier leur mise en œuvre. Cela implique que le texte constitutionnel envisage la protection de ces principes tout en laissant une marge de manœuvre aux acteurs pour adapter ces principes aux conditions conjoncturelles. Ceci a donc des conséquences importantes sur l'organisation des Fédérations. Il ne s'agit pas de chercher à déterminer des équilibres institutionnels, financiers ou des compétences

législatives fixes qui pourront conduire à des blocages ou à des révisions du texte constitutionnel en période de crise. Il s'agit plutôt de laisser une plus grande marge de manœuvre à chaque ordre de gouvernement pour que chaque entité ou chaque gouvernement puisse agir selon les conditions politiques, économiques ou sociales qui se présentent à lui. Cela nécessite une inscription dans le texte constitutionnel de règles générales qui serviront à organiser chaque Fédération selon des normes déterminées, mais qui permettront l'action alternative de chaque instance selon ses capacités. La trop grande répartition des compétences et leur énumération trop précise n'est donc pas souhaitable dans cette logique. Le texte constitutionnel doit déterminer les compétences propres à chaque ordre de gouvernement, incluant les compétences législatives et financières correspondantes, mais cela implique de laisser une certaine autonomie aux entités membres de la Fédération. La question de la reconnaissance d'une forme de subsidiarité sera également une conséquence de l'*outil dialogique*. Ce principe, généralement non reconnu formellement dans les textes fédératifs, se manifeste dans chacune des Fédérations étudiées et sert à déterminer la répartition des pouvoirs, notamment législatifs. La subsidiarité, en tant que déclinaison de l'*outil dialogique*, devra donc faire l'objet d'une grande laxité dans son utilisation car elle dépendra de la situation conjoncturelle.

Selon nous, le fédéralisme peut être défini comme un système d'organisation proposant un cadre institutionnel basé sur la coexistence entre des entités fédérées disposant de gouvernements propres et une entité fédérale distincte, dotée également d'un gouvernement et dont les compétences se distinguent de celles des entités fédérées, reposant sur des *outils fédératifs*. Ces *outils fédératifs* sont multiples et regroupés en deux catégories : les *outils contractuels* et les *outils dialogiques*. Les *outils contractuels* sont le Pacte fédératif, l'organisation des compétences (législatives et financières) et la souveraineté. Les *outils dialogiques* sont les quatre principes fondamentaux du fédéralisme (principes de séparation, d'autonomie, de participation et de coopération) et la subsidiarité. Ces *outils* permettent de construire et de faire évoluer chaque Fédération. Les *outils contractuels* ont une portée organique et matérielle. Ils serviront à établir le Pacte fédératif et organiser la souveraineté par la répartition des compétences. Les *outils dialogiques* auront un rôle davantage fonctionnel puisqu'ils permettront de réguler et d'organiser la gestion des forces contradictoires au sein de la Fédération (politiques, juridiques, financières, économiques, sociologiques, religieuses, etc...) et de déterminer

les tendances centralisatrices ou décentralisatrices selon les périodes. Ainsi, les *outils* doivent être utilisés en permanence pour faire évoluer chaque Fédération selon ses besoins. Pour cette raison, le fédéralisme ne peut être compris comme un cadre fixe et établi mais comme un système en perpétuelle évolution.

Le fédéralisme doit ainsi être vu comme une catégorie d'organisation étatique (au sens du droit international) connaissant des degrés divers. Il embrasse des catégories de Fédérations diverses, plus ou moins centralisées ou décentralisées.

Nous avons démontré tout au long de ce travail qu'il ne pouvait être considéré qu'un *modèle fédératif* existe. Les trois Fédérations américaines ont créé puis fait évoluer des systèmes fédératifs différents les uns des autres. Même si des *invariants* nous paraissent se retrouver dans les trois Fédérations, ceux-ci ne font pas partie d'un cadre relativement parfait et immuable. Ils doivent être vus comme des techniques, des *outils* servant à modeler une Fédération selon son environnement historique, politique, économique, juridique ou sociologique. Le fédéralisme étant un système d'organisation, il doit répondre aux conditions de son environnement. Il nécessite une adaptation de ses principes.

Jena Bednar va dans un sens relativement proche en soutenant qu'il existe des « *garde-fous* »¹⁵⁴⁴. Ces garde-fous sont au nombre de quatre et se subdivisent en plusieurs aspects¹⁵⁴⁵. Pourtant les éléments dont parle Jena Bednar sont davantage des instruments pratiques. Ils représentent, selon le professeur étasunien, des instruments essentiels à la protection et à l'existence du système fédératif étasunien. Notre thèse diffère de la sienne en ce que les *outils* que nous voyons à la base de toute Fédération sont des logiques et non pas des aspects pratiques. Les logiques que nous défendons se matérialisent ensuite par des aspects pratiques mais ces aspects pourront varier selon chaque système fédératif. L'approche de Jena Bednar souffre, selon nous, de chercher à trop matérialiser ces

¹⁵⁴⁴ « *safeguards* ». Jena Bednar en dénombre 4 : « *structural, popular, political and judicial* ».

¹⁵⁴⁵ Le premier « *garde-fou* » est un « *garde-fou structurel* ». Il inclut la question de la répartition des compétences ou le pouvoir de contrôle des États sur les matières relevant de leur compétence. Le deuxième est un « *garde-fou populaire* » et consiste à permettre au peuple de la Fédération de pouvoir contrôler les institutions et de les rendre responsables devant le peuple. Le troisième est un « *garde-fou politique* » qui a pour objet de s'intéresser à l'organisation des partis politiques et aux liens entre les acteurs politiques et le parti auquel ils appartiennent ou toute entité liée à son parti (association, groupe d'influence). Enfin le quatrième garde-fou est un « *garde-fou judiciaire* ». Il se rapporte à la question de l'arbitrage dans la gestion du fédéralisme et des problèmes liés à la logique fédérative.

invariants fédératifs en prenant pour base de sa réflexion, la Fédération étasunienne. Or, les conditions étant variables selon chaque Fédération, il nous semble compliqué de pouvoir retrouver ces « *garde-fous* » dans la plupart des Fédérations. La logique de l'*outil contractuel* se matérialise, par exemple, par la conception contractuelle de la souveraineté qui consistera à donner à chaque ordre de gouvernement une partie de celle-ci suivant une répartition particulière pour chaque Fédération. Cette logique contractuelle se matérialisera par la création d'un Pacte fédératif. Il en va de même pour la logique de l'*outil dialogique*. Elle organise les relations et les forces au sein de la Fédération et se matérialise par la possibilité de passer d'une centralisation des pouvoirs à une décentralisation, de manières diversement complexes, selon les conditions économiques, politiques et sociales dans un Pacte fédératif qui permet les balancements.

Pour ces raisons, nous considérons que le fédéralisme ne doit être défini selon des aspects matériels mais davantage selon des logiques, organisées autour d'*outils fédératifs*.

II Proposition pour une lecture de l'Union européenne

Les résultats de ce travail auront eu pour objectif de fournir une grille d'analyse complémentaire à la compréhension et l'approche du fédéralisme. Ils auront également permis de montrer qu'il n'existe pas de *modèle fédératif*. Au-delà d'une analyse générale du fédéralisme, nos travaux peuvent être utiles à une meilleure compréhension du cadre communautaire¹⁵⁴⁶ et européen.

Au regard des éléments de définition du fédéralisme que nous proposons, la nature de l'Union européenne peut être analysée sous l'angle des *outils fédératifs*. Concernant d'abord l'*outil contractuel*, l'analyse de la construction et de l'évolution communautaires tend à poser d'importantes interrogations sur la nature contractuelle de l'entité européenne. S'il est vrai que le *Traité de Rome* manifestait une réelle volonté des peuples européens de s'associer dans un ensemble uni pour faire face aux difficultés survenues lors du XX^{ème} siècle, les traités qui lui succédèrent ne recouvrent pas la même

¹⁵⁴⁶ Même si ce travail prend en compte l'adoption du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, nous utilisons l'adjectif de « *communautaire* » car si la Communauté européenne a disparu, il n'existe pas d'adjectif pour désigner ce qui se rapporte à l'Union européenne. Voir notre introduction à la rubrique de définition des termes employés.

volonté démocratique. En effet, les traités suivants furent davantage souhaités et décidés par les dirigeants politiques pour développer des champs de coopération économiques et commerciaux. Il ne peut être nié les nombreuses avancées démocratiques qui furent admises jusqu'à l'adoption du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*¹⁵⁴⁷ comme l'élection des parlementaires européens au suffrage universel direct ou la possibilité pour un million de personnes, ressortissantes de l'Union, de proposer à la Commission l'adoption d'un texte¹⁵⁴⁸.

Si les traités correspondent à la vision de Carl Schmitt quant au caractère contractuel de la Fédération en étant une « *libre convention, servant au but commun de la conservation politique de tous les membres de la fédération : elle modifie le status politique global de chaque membre de la fédération en fonction de ce but commun* »¹⁵⁴⁹, certaines précisions doivent être signalées.

Le caractère contractuel du Pacte fédératif se rapporte tout d'abord à une union libre et volontaire. Ce qui est le cas puisque chaque État faisant partie de l'Union européenne a décidé par lui-même de s'associer à cette entité. Sur ce point, il convient de préciser aux détracteurs du caractère libre et volontaire de l'adhésion des États membres qui considèrent que certains États ont fait voter par leur seul Parlement national l'acte d'adhésion à l'Union européenne et parfois sans prendre en compte la volonté du peuple, que ce furent des conditions identiques qui conduisirent à la création de la Fédération étasunienne¹⁵⁵⁰. Concernant la méthode d'association à la nouvelle entité européenne ainsi créée, il est nécessaire de s'arrêter un instant sur l'engagement des États membres à la procédure d'intégration. La méthode d'intégration est particulière pour quatre raisons. D'abord, parce qu'elle est indirecte et qu'elle se réalise grâce aux élites et aux milieux professionnels. Ensuite, parce qu'elle est évolutive et qu'elle s'organise sur le mécanisme d'engrenage (*spill over*). De plus, elle repose sur des organes de type supranational, détenteurs d'une certaine autonomie et de pouvoirs à la fois normatifs et juridictionnels. Enfin, elle a créé un ordre juridique autonome vis-à-vis du droit international et des droits nationaux et qui s'applique directement dans les États membres. Ces

¹⁵⁴⁷ Appelé aussi Traité de Lisbonne.

¹⁵⁴⁸ Article 11 §4 du TUE.

¹⁵⁴⁹ Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 512.

¹⁵⁵⁰ Il n'est aucunement question pour nous de défendre cette méthode, mais nous avons seulement souhaité rappeler qu'une Fédération peut être formée par les représentants du peuple et non par le peuple dans son ensemble.

considérations conduisent Maurice Croisat et Jean-Louis Quermonne à penser que l'Union européenne présente des signes fédératifs, notamment du fait d'une conception intergouvernementale des politiques communes, « *reposant sur la négociation et le consensus entre les chefs des exécutifs nationaux permettant l'intégration communautaire* »¹⁵⁵¹. Cependant, l'une des particularités du *Traité sur l'Union européenne* (TUE)¹⁵⁵² est la possibilité prévue pour un État membre de pouvoir se retirer de l'Union¹⁵⁵³. Cette règle ne fait pas partie des règles généralement prévues dans les Pactes fédératifs. Le cas étasunien, comme les cas canadien et brésilien ne prévoient pas de procédure de retrait de la Fédération. Cette règle est donc très différente des normes envisagées par les Fédérations.

Le Pacte fédératif est avant tout un contrat politique. Il vise à organiser les rapports et les transferts de compétence des États membres avec l'entité fédérale. Le contrat est à la fois synallagmatique et commutatif et crée des obligations entre les *parties* formant la Fédération. En effet, nous considérons que le Pacte fédératif à l'origine de la Fédération repose sur une double légitimité : celle des peuples et celles des États membres¹⁵⁵⁴. Dans cette logique et suivant la répartition des compétences, la fonction législative ne doit pas appartenir à un seul organe, mais à deux, jouissant tous les deux de pouvoirs équivalents. Le premier organe doit représenter les peuples, et ce de manière proportionnelle, alors que le second doit représenter, lui, les États, et dans ce cas, il doit le faire de manière égalitaire pour contrebalancer le poids des États les plus densément peuplés. Dans le cadre de l'Union européenne, les États sont représentés par le Conseil, alors que le peuple est représenté par le Parlement, même si la représentation n'est pas proportionnelle. Hormis le fait qu'il n'existe pas d'entité fédérale, celle-ci peut être identifiée dans une certaine mesure à la Commission européenne, alliée au Parlement et au Conseil de l'Union. Toutefois, cela en fait, évidemment, une entité *sui generis* très particulière.

¹⁵⁵¹ Maurice Croisat et Jean-Louis Quermonne, *L'Europe et le fédéralisme*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 88.

¹⁵⁵² Appelé aussi Traité de Maastricht.

¹⁵⁵³ Article 50 du TUE.

¹⁵⁵⁴ Voir Constantin Stephanou, « L'Union européenne et les analogies fédérales et confédérales. Réflexions dans la perspective de la Conférence intergouvernementale de 1996 », *Revue des affaires européennes*, n°1, 1995, p. 86. Il parle davantage de « *logique fédérative* ».

De plus, du fait de l'organisation du processus décisionnel et de la possibilité reconnue aux États de bloquer certaines décisions, le système communautaire porte les traits du fédéralisme coopératif.

Enfin, le contrat doit être vu comme un contrat d'union, résultat d'une alliance qui organisera la répartition des compétences et les rapports entre les entités. C'est bien ce que prévoient les traités et la philosophie ou la pratique communautaires. En ce qui concerne la répartition des compétences, le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (TFUE) prévoit les compétences de l'Union dans sa première partie, aux titres I et II. Le préambule du *Traité sur l'union européenne* indique ensuite que l'Union souhaite « *poursuivre le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens conformément au principe de subsidiarité* »¹⁵⁵⁵. L'article 5 de ce même TUE indique que « *le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences* ». Ainsi, dans les domaines qui ne sont pas de sa compétence exclusive, la Communauté¹⁵⁵⁶ doit agir selon le principe de subsidiarité si les objectifs ne peuvent être réalisés par les États membres et qui le seraient mieux par la Communauté. Pour Thomas Hueglin, les problèmes issus du principe de subsidiarité (quant au moment d'action de l'Union dans un domaine de compétence étatique) sont équivalents aux problèmes issus de la répartition constitutionnelle des pouvoirs aux États-Unis¹⁵⁵⁷. Il ne doit donc pas y avoir de division claire des pouvoirs en Europe, mais une procédure basée sur la négociation et les compromis, dans l'esprit du principe de subsidiarité.

En cela, il semble que les traités communautaires remplissent le critère du premier *outil contractuel* qu'est le Pacte créant la nouvelle entité.

Un second aspect de l'*outil contractuel* est la question de la souveraineté. La question de la souveraineté est essentielle dans la logique fédérative puisque cette dernière est considérée comme divisible notamment dans l'exercice des compétences législatives. La

¹⁵⁵⁵ Version consolidée du *Traité sur l'Union européenne*, 30 mars 2010.

¹⁵⁵⁶ Nous gardons le terme de « *Communauté* » pour expliquer les règles du *Traité instituant la Communauté européenne*, même si depuis le *Traité de Lisbonne*, la Communauté a disparu. Toutefois, cela n'a aucune conséquence sur les nouvelles conditions depuis le *Traité de Lisbonne*.

¹⁵⁵⁷ Thomas Hueglin, « From Constitutional to Treaty Federalism : A Comparative Perspective », *The Journal of Federalism*, 30 : 4, Fall 2000, pp.137-153.

division de la souveraineté doit être prévue dans le texte constitutionnel par la reconnaissance de compétences exclusives aux différents ordres de gouvernement. Dans le contexte européen, il s'agirait donc d'adopter un Pacte constitutionnel reconnaissant une division des compétences. Le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, comme les traités précédents, établit un partage des compétences par la reconnaissance de compétences exclusives à l'Union et aux États membres. Toutefois, un véritable Pacte fédératif constitutionnel consisterait en la reconnaissance et l'acceptation de l'abandon par les États membres d'une part de leur souveraineté et de leur autorité politique à des organes européens. Pour réaliser ce Pacte, il est nécessaire que les peuples des États membres manifestent leur volonté et exercent leur pouvoir constituant originaire. Leur liberté de consentement devra exprimer la volonté de mettre en commun une partie des pouvoirs publics détenus par les États car « *la fédération repose sur une division de l'exercice des compétences régaliennes entre deux autorités politiques distinctes, qui ne sont pas placées dans un rapport hiérarchique de commandement l'une à l'égard de l'autre* »¹⁵⁵⁸. Cependant, il semble nécessaire de laisser aux États le choix des domaines qui seront confiés à l'entité européenne et ceux qui seront à la discrétion des gouvernements nationaux. C'est véritablement ce choix qui est déterminant en tant qu'*outil fédératif*.

I L'outil souveraineté et l'Union européenne

Si aucune référence n'est faite au terme de souveraineté¹⁵⁵⁹, une double action s'opère dans le cadre européen. D'abord au niveau des États membres qui ont abandonné une partie de leur souveraineté aux instances communautaires et ensuite par le fait qu'une souveraineté européenne se construit à côté des souverainetés de chaque État membre (A). Cette souveraineté se manifeste par l'existence d'un certain nombre de caractères de la souveraineté (B), conduisant les observateurs à reconnaître qu'il existe une double souveraineté (C).

¹⁵⁵⁸ Thierry Chopin, « L'avenir du fédéralisme », *Commentaires*, Hiver 2000-2001, vol. 23, n°92, p. 842.

¹⁵⁵⁹ Florence Chaltiel, « La souveraineté vue par l'Union européenne », in Dominique Maillard Desgrées du Loû (sous la dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Actes de colloque, Paris, Montchrestien, 2006, p. 173.

Cette « *souveraineté plurielle* » se manifeste aussi par la souveraineté des États membres de l'entité européenne. En effet, celle-ci s'est réduite toujours plus et cela, notamment, en raison de la reconnaissance des principes de subsidiarité et de proportionnalité. L'accroissement des compétences de l'Union ainsi que la mise en place du principe de subsidiarité laissant implicitement une marge de manœuvre toujours plus extensible aux institutions vont, par conséquent, amener une réduction des compétences des États¹⁵⁶⁰. En effet, si l'action est mieux réalisée par l'Union européenne, le pouvoir d'agir des États membres se verra supplanté par les institutions communautaires. De la même manière, le fait de créer une monnaie commune puis unique, remplaçant les monnaies nationales ou bien le fait de reconnaître à une cour de justice, un pouvoir d'application obligatoire de ses décisions au sein des États membres, n'ont fait que diminuer la *souveraineté* des États. Il en est de même en ce qui concerne l'effet direct du droit communautaire, s'appliquant directement dans les États membres.

A) L'existence d'une souveraineté de l'Union européenne *partagée et mise en commun* ?

Pour aller dans le sens d'une souveraineté européenne, il faut ajouter que l'Union européenne est une puissance publique normative. Elle est à l'origine d'un ordre juridique propre, c'est un ensemble structuré, créant des normes de manière autonome, s'appliquant dans ce même système et dotées d'une force contraignante. L'autonomie du système juridique communautaire se vérifie d'abord par le fait que les normes trouvent leur validité dans les traités constitutifs et les principes généraux dégagés par la Cour de Justice des Communautés Européennes¹⁵⁶¹. Rappelons également, pour prouver le caractère normatif et autonome de l'Union européenne, que les traités constitutifs ne sont plus l'unique source de normes s'appliquant à l'ensemble des États membres de la Communauté européenne. Les normes de droit dérivé sont venues compléter le système normatif. Le principe de l'unanimité étant devenu de plus en plus rare au sein de l'Union européenne, laissant sa place au principe de la majorité qualifiée, une procédure particulière et d'aucuns disent complexe, fait intervenir la Commission (détenant le pouvoir de proposition), le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne. Il

¹⁵⁶⁰ Voir notre chapitre sur le principe de subsidiarité et notamment le paragraphe 4 de la section 2.

¹⁵⁶¹ Devenue Cour de Justice de l'Union européenne.

convient de préciser que la signature du *Traité de Lisbonne*¹⁵⁶², dit « *Traité simplifié* » (qui n'a de simplifié que le nom), étend la procédure de vote à la majorité pour minimiser les cas de vote à l'unanimité. Pour en terminer avec ces précisions sur l'autonomie du système normatif communautaire, il s'agit d'indiquer que ce système est d'autant plus autonome que le juge communautaire est habilité à interpréter les normes régissant le droit en vigueur¹⁵⁶³.

Au regard de ces multiples considérations, il peut être considéré que l'Union européenne présente les caractères d'un système autonome et manifestant une forme de souveraineté. Il convient d'analyser plus précisément les caractères de la souveraineté de l'Union.

B) Les caractères de la souveraineté de l'Union européenne

L'Union européenne présente les caractères propres à la souveraineté selon sa conception européano-continentale que sont par exemple, l'autonomie, l'autorité ou la supériorité juridique (dénommée « *primauté* » en droit communautaire).

Concernant l'autonomie de ce système, elle est largement manifeste et ne peut être remise en cause par le fait que le droit communautaire repose sur des traités internationaux. En effet, des mécanismes ont été créés pour rendre le système indépendant des traités qui l'ont institué et donc des États qui l'ont ratifié. C'est la Cour de justice de l'Union européenne qui permet l'autonomie du système vis-à-vis des traités puisqu'elle est chargée d'assurer le respect du droit selon l'application et l'interprétation des traités. Le mécanisme du renvoi préjudiciel en interprétation est un moyen juridique permettant la mise en œuvre du contrôle de la part du juge européen. La Cour est donc l'unique interprète des règles issues des traités. Elle est enfin compétente pour dégager des principes généraux du droit communautaire issus des traités. Un des exemples en la matière est la reconnaissance du principe de la rétroactivité des lois pénales plus douces dans une décision du 3 mai 2005, *Procédures pénales c. Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e.a*¹⁵⁶⁴.

¹⁵⁶² Dénommé également Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹⁵⁶³ Article 234 du *Traité CE*.

¹⁵⁶⁴ CJCE, 3 mai 2005, *Procédures pénales c. Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e.a*, affaires jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02.

Le système de l'Union européenne bénéficie, en plus d'une totale autonomie, d'une indéniable autorité. Ainsi, l'ordre juridique communautaire se voit s'appliquer immédiatement dans les ordres juridiques internes des États membres. Le principe de l'immédiateté se rapproche du principe de l'effet direct, connu en droit international, mais ce dernier n'est qu'une exception alors que le principe d'immédiateté, au sein de l'Union européenne, s'applique indépendamment du principe d'effet direct. Toutefois, ce principe d'immédiateté ne vaut que pour le droit dérivé¹⁵⁶⁵.

Le principe de primauté doit aussi être présenté ici, puisqu'il permet, en cas de conflit (même s'il a aujourd'hui une existence propre) entre une norme juridique communautaire et une norme interne, de faire prévaloir la norme communautaire.

Ces principes propres à la souveraineté que sont l'autonomie, l'autorité et la supériorité du droit issu de l'instance centrale, permettent de considérer le système juridique et institutionnel européen comme un système souverain. Cependant, la souveraineté européenne n'est pas la seule souveraineté existante dans l'Union. Les États membres sont également titulaires d'une partie de la souveraineté.

C) La reconnaissance d'une double souveraineté

La souveraineté des États membres de l'Union européenne ne peut être remise en cause. De nombreuses marques de la souveraineté des États sont identifiables. Ainsi, il convient de constater que la reconnaissance d'une souveraineté européenne a pour conséquence de considérer l'existence d'une double souveraineté.

L'Union ne peut mettre en œuvre des politiques publiques que dans le champ de ses compétences car celles-ci sont régies par le principe d'attribution, selon les dispositions de l'article 3^{ter} §1 et §2 du *Traité de Lisbonne*¹⁵⁶⁶. Pourtant, il est possible pour l'Union d'agir dans des domaines qui ne font pas partie de ses compétences dans certains cas. L'article 308 du *Traité de Lisbonne* dispose ainsi : « si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un

¹⁵⁶⁵ Voir Olivier Dubos, « L'Union européenne est-elle une puissance publique ? », in Philippe Raimbault (sous la dir.), *La puissance publique à l'heure européenne*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 58-59.

¹⁵⁶⁶ « 1. Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences.
2. En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ».

des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévus les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées ».

Les dispositions pré-citées ne font que préciser les dispositions de l'article 308 du TCE, que la Commission et le Conseil avaient interprété très largement. À cet article 308 donnant aux Communautés la possibilité d'élargir leurs compétences, il faut ajouter l'article 3ter §3 du *Traité de Lisbonne*, reprenant l'article 5 du TCE relatif au principe de subsidiarité. En effet, ce paragraphe dispose : *« en vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».*

Cela permet à l'Union d'élargir le champ de ses compétences dans des domaines qui ne lui sont pas attribués par les traités.

De plus, il convient d'ajouter que la souveraineté des institutions tend à être de plus en plus reconnue et notamment par la Cour de justice. Celle-ci a étendu les compétences communautaires par l'utilisation de la théorie de la connexité matérielle. Selon Vlad Constantinesco et Valérie Michel : *« cette théorie permet de statuer sur l'inclusion d'une question précise dans le champ d'application matériel d'une disposition attributive de compétences [...] . La réponse qu'elle fournit repose sur un principe simple : une compétence appartient à la Communauté lorsqu'elle porte sur un objet qui, bien que non visé au traité, est étroitement lié à un autre objet, relevant quant à lui d'une compétence communautaire expresse »*¹⁵⁶⁷.

La Cour de Justice ne se réfère au terme de souveraineté, concernant les États membres, que de manière réduite. Par contre, l'idée de souveraineté (et non pas le terme lui-même) européenne est quant à elle, bien plus souvent utilisée. Lorsqu'il s'agit d'un État membre,

¹⁵⁶⁷ Vlad Constantinesco et Valérie Michel, « Compétences communautaires », *Rép. Droit communautaire*, Dalloz, 2002, n°114.

le terme de souveraineté est employé pour désigner la souveraineté territoriale, maritime ou fiscale, c'est-à-dire dans une acception réduite et précise de la souveraineté. C'est par exemple le cas lorsqu'elle énonce : « *le Royaume d'Espagne, en n'exerçant pas de façon satisfaisante le contrôle et l'inspection, sur son territoire et dans les eaux maritimes relevant de sa souveraineté¹⁵⁶⁸, de l'exercice de la pêche (...) a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 2, paragraphe 1, et 31, paragraphes 1 et 2, du règlement (CEE) n° 2847/93 du Conseil, du 12 octobre 1993, instituant un régime de contrôle applicable à la politique commune de la pêche, tel que modifié par le règlement (CE) n° 2846/98 du Conseil, du 17 décembre 1998* »¹⁵⁶⁹.

Il en est de même pour illustrer l'utilisation de ce terme en matière fiscale. Prenons, par exemple, les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *SGI c/ État Belge* : « *Si des sociétés qui ont leurs sièges dans différents États membres effectuent des opérations dans des conditions économiques normales, la répartition de la souveraineté¹⁵⁷⁰ fiscale n'en est pas affectée. Une règle interne qui empêcherait la réalisation de telles opérations serait elle aussi disproportionnée* »¹⁵⁷¹.

Il ressort de ces conclusions qu'une souveraineté de l'Union est indéniablement présente, tout en reconnaissant une souveraineté aux États membres. Dans ses Six Livres de la République, Jean Bodin identifiait les « *marques* » de la souveraineté par le pouvoir de créer et d'annuler la loi, la fonction de juger ou de battre monnaie. Si celui-ci apparaissait aujourd'hui, il ne pourrait que constater que l'Union européenne est dotée d'une forme de souveraineté. Il semble donc exister une dualité de souveraineté, comme dans les systèmes fédératifs, puisque la souveraineté européenne se manifeste à un premier niveau du fait de la primauté du droit européen sur les droits nationaux ou de l'attribution de la monnaie ou le droit de rendre justice. Il existe également une souveraineté à un second niveau, celui des États membres, dans les domaines de compétences réservés aux États.

¹⁵⁶⁸ Souligné par nous.

¹⁵⁶⁹ CJCE, (deuxième chambre) du 22 décembre 2008, *Commission des Communautés européennes / Royaume d'Espagne*, C-189/07.

¹⁵⁷⁰ Souligné par nous.

¹⁵⁷¹ Conclusions de l'avocat général présentées le 10 septembre 2009 dans CJCE, *Société de Gestion Industrielle (SGI) contre État belge*, C-311/08.

La souveraineté ne se décline pas seulement en terme de compétences législatives. Elle sous-entend également des compétences financières. Le développement du budget de l'Union et la consécration de ressources propres vont dans le sens d'une autonomie de celle-ci, se dirigeant davantage vers une forme de fédéralisation, notamment par l'inscription dans le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* du principe de coopération renforcée¹⁵⁷². Toutefois, l'absence d'un impôt européen qui serait versé par les contribuables européens aux institutions européennes (versé directement par les contribuables ou par le biais des États membres) ne peut permettre de reconnaître un caractère fédératif à l'Union. Aujourd'hui, les sources de financements de l'Union européenne proviennent des contributions financières des États membres et des ressources propres. Il convient d'indiquer que le consentement annuel des parlements nationaux étant nécessaire concernant les contributions financières, l'Union n'est pas maîtresse de ses ressources. Cela écarte donc tout caractère fédératif aux ressources propres de l'Union. Aujourd'hui, les contributions financières ne sont prévues que pour financer les dépenses de coopération et de développement du Fonds européen de développement. Néanmoins, ceci ne fait pas partie du budget. Il en va différemment des ressources propres qui sont des recettes affectées au budget de l'Union. Si ces recettes reviennent « *de droit* » à l'Union européenne, elles ne suffisent pas à assurer une véritable « *sécurité de financement* »¹⁵⁷³.

L'*outil fédératif* de la souveraineté semble donc se retrouver dans le cadre européen. L'Union est bien dotée d'une forme de souveraineté tout comme les États membres qui jouissent encore de certaines prérogatives régaliennes. Alors si l'*outil contractuel* se retrouve aussi dans le cadre européen et selon une application particulière, il est possible de retrouver également l'*outil dialogique*, sous ses différents aspects.

II L'outil dialogique et l'Union européenne

Le second type d'*outil fédératif* est l'*outil dialogique*. Il se manifeste notamment par la reconnaissance et la mise en œuvre des principes essentiels et fondamentaux du fédéralisme dans la logique de recherche d'équilibre et de balancement. Le cadre de l'Union européenne n'est pas exempt de cette problématique de balancement de forces

¹⁵⁷² Articles 326 à 334 du *TFUE*.

¹⁵⁷³ Pour les deux citations, Marc Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, 10^{ème} édition, Paris, Sirey, 2012, p. 237.

entre les instances communautaires et les États membres. En effet, Jean-Philippe Derosier considère dans ce sens que « *le droit communautaire engendre une variation des niveaux de compétence et, partant, une variation du degré de décentralisation de l'ordre juridique* »¹⁵⁷⁴. Le cadre européen, en plus du niveau étatique, comprend également le cadre infra-étatique, c'est-à-dire régional, ajoutant un niveau supplémentaire de difficulté. Il est communément admis que l'Union européenne défend depuis de nombreuses années une tendance à la centralisation pour une plus grande cohérence de l'ordre juridique communautaire¹⁵⁷⁵. Un certain nombre de normes communautaires comme les directives et les règlements s'appliquant dans les systèmes juridiques nationaux, il est nécessaire pour les États membres de faire concorder leurs règles nationales, souvent déterminées par leur texte constitutionnel, avec les règles décidées dans le cadre européen. Pour autant, les États ne souhaitant pas se laisser imposer un trop grand nombre de règles et étant relativement hostiles à voir leur norme fondamentale que sont leurs constitutions nationales respectives ne plus occuper la première place de l'ordre juridique et de la hiérarchie des normes, créent une dynamique inverse en poussant vers une « *décentralisation* ». Cependant, lorsque le tiraillement des forces s'opère entre les niveaux national et supranational, le niveau local ou régional est le principal touché par les pertes de compétences car laissé de côté par les deux autres instances. Ce qui, dans une logique et dans un cadre fédératif (ce qui n'est pas le cas de l'Union européenne), va à l'encontre du fondement de l'État fédératif, qui consiste à permettre aux instances régionales de continuer à exister et de maintenir leur autonomie¹⁵⁷⁶.

La question de la recherche d'équilibre manifestée par la mise en œuvre des principes essentiels se retrouve dans la logique européenne. Les quatre principes que sont l'autonomie, la séparation, la participation et la coopération, principes fondamentaux du système fédératif ne sont pas exclus de l'entité européenne. L'Union européenne envisage ces quatre principes dans sa logique et son organisation et il est possible de le

¹⁵⁷⁴ Jean-Philippe Derosier, « La dialectique centralisation/décentralisation – Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *Revue internationale de droit de droit comparé*, 2007, n°1, p. 123.

¹⁵⁷⁵ Voir, par exemple Jean-Philippe Derosier, *op. cit.*, pp. 107-140.

¹⁵⁷⁶ Rappelons que certains textes constitutionnels reconnaissent les municipalités comme ordre de gouvernement (*cf.* Brésil). Toutefois, sans reconnaître constitutionnellement l'existence des instances locales, certaines Fédérations leur donnent valeur essentielle dans la logique fédérative. Leurs compétences et leurs pouvoirs doivent être protégés.

constater dans le cadre européen (A). C'est notamment le développement du principe de coopération qui implique un rapprochement sensible des États qui mérite d'être analysé (B).

A) La présence des quatre principes essentiels dans le cadre européen

Tout d'abord, il est manifeste que le principe de séparation est bien présent dans la logique européenne et communautaire. Chaque État membre a une existence propre et détient un ordre juridique qui s'applique (pour certains domaines) à lui seul. Ainsi, chaque État jouit d'un ordre judiciaire indépendant des autres et qui sera compétent pour faire appliquer le droit en vigueur dans la limite de ses frontières. De plus, chaque État membre détient également un pouvoir législatif et un pouvoir exécutif propres. Une « *répartition des compétences* » dans le TUE laisse aux États membres des compétences législatives identifiées et pour lesquelles chaque État est compétent.

Le principe d'autonomie, quant à lui, se mesure sur deux plans au sein de l'Union européenne. D'abord sur le plan de l'autonomie des institutions qui peuvent organiser librement leurs modalités de fonctionnement, en application des règles des traités leur reconnaissant le pouvoir d'adopter seules leur règlement intérieur. La Cour de Justice a posé le principe d'autonomie dans l'arrêt *Lord Bruce of Donnington*¹⁵⁷⁷ permettant à celui-ci de créer un système forfaitaire de remboursement des frais de déplacement des parlementaires. La Cour a reconnu qu'« *il appartient au Parlement de décider quelles sont les activités et les déplacements nécessaires (...). L'autonomie reconnue à cet égard au Parlement (...)* ». Ce principe est, de plus, envisagé à l'article 335 (ex-article 282 du TCE¹⁵⁷⁸) du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, relatif à l'autonomie administrative des institutions ainsi qu'à l'article 152 de ce même traité, reconnaissant l'autonomie des systèmes nationaux. Toutefois, l'autonomie peut aussi se mesurer par l'autonomie des États membres. Elle est largement dépendante de la capacité de ceux-ci ainsi que de leur poids dans les négociations au sein des relations intergouvernementales. L'autonomie des États est reconnue par le droit de l'Union et a été rappelée par la Cour de justice dans un arrêt du 21 septembre 1983, en expliquant : « *(p)our autant que le*

¹⁵⁷⁷ CJCE, 15 septembre 1981, *Lord Bruce of Donnington*, aff. 208-80.

¹⁵⁷⁸ Traité sur la Communauté européenne, appelé également Traité d'Amsterdam.

*droit communautaire, y compris les principes généraux de celui-ci, ne comporte pas de règles communes à cet effet, les autorités nationales procèdent, lors de cette exécution des réglementations communautaires, en suivant des règles de forme et de fond de leur droit national »*¹⁵⁷⁹.

Néanmoins, cette autonomie procédurale est limitée par l'exigence d'application uniforme du droit de l'Union. Ainsi, la Cour de justice a également limité ce principe par les principes de l'effectivité et de l'équivalence¹⁵⁸⁰. Le premier principe consiste à éviter qu'une disposition procédurale nationale empêche l'application du droit de l'Union. Le second implique que les mêmes règles procédurales s'appliquent aux affaires propres au droit de l'Union et aux affaires nationales de même nature.

La participation se réalise par la détermination des règles décidées lors des réunions intergouvernementales. Les exécutifs composés de ministres, de fonctionnaires et d'experts des ordres de gouvernement participent aux mécanismes de négociation par des discussions, recherchant le plus souvent possible le compromis. Toutefois, ce compromis ne peut être atteint que par la capacité à convaincre et à proposer des directions. Le compromis ne peut donc être atteint que par le pouvoir de participation et l'influence de certains ordres de gouvernement ou certains exécutifs. En effet, dans le processus de négociation lors des réunions intergouvernementales, les acteurs sont influencés par les intérêts de leur circonscription et par les souhaits de leur électorat. Il ressort de cela que l'Union européenne met en place une conception intergouvernementale des politiques communes, prévoyant des mécanismes de négociation et la recherche de consensus entre les représentants des exécutifs nationaux.

B) Le développement de la coopération au sein de l'Union européenne

Les méthodes de coopération et d'intégration ne s'excluent pas et dans de nombreux États fédératifs¹⁵⁸¹ les secteurs relevant de la compétence des États membres peuvent faire l'objet d'une coopération verticale avec la fédération. Il convient d'indiquer que, malgré

¹⁵⁷⁹ CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, aff. 205/82 à 215/82.

¹⁵⁸⁰ CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, aff. C-261/95.

¹⁵⁸¹ Voir les pages 549 et s. pour une approche de l'intégration.

des idées souvent répandues, la coopération n'est pas uniquement un mécanisme intergouvernemental.

Dans le cadre européen, c'est le *TUE* qui prévoit la coopération dans le champ communautaire. Il alloue cette compétence à la Communauté, notamment dans le domaine de la coopération économique et monétaire¹⁵⁸². Aujourd'hui, le *TFUE* prévoit également une logique de coopération. La Commission est chargée, pour cela, de la promouvoir en ce qui concerne le domaine social entre les États membres¹⁵⁸³. Cette formule se retrouve également dans les articles visant l'éducation, la santé, l'emploi, la culture et la coopération douanière. Cela signifie que, concernant ces domaines, il existe une coopération organisée et une concertation de programmes entre États membres. Selon Jean-Paul Jacqué, l'Union européenne a une compétence « *complémentaire* » qui permet de compléter le travail des États membres.

De plus, au mois de mars 2000, le Conseil européen de Lisbonne a instauré une « *méthode de coordination ouverte* » dans les domaines économique, social et de l'emploi. Cela a permis d'établir des objectifs à réaliser, associant aux États membres les partenaires sociaux et la société civile.

La coopération au sein de l'Union européenne s'est également manifestée par le développement de politiques redistributives comme la politique agricole commune par le biais du FEOGA-orientation, soit par les fonds structurels dans le cadre de la politique régionale ou de la politique de cohésion économique et sociale. Il faut ajouter que le *Traité de Maastricht* (TUE) a posé les bases d'une politique macro-économique pour compléter la politique monétaire commune. Cela a conduit à une coordination des politiques nationales en matière budgétaire, fiscale et même sociale. Cependant, dans les domaines où l'Union ne fait qu'apporter une aide aux politiques nationales ou joue un rôle de coordination, il est possible de constater des similitudes avec la méthode canadienne de conférences fédérales-provinciales.

Le *TFUE* encadre les différents domaines dans lesquels des actions communes peuvent être prévues. Ces domaines sont les services publics¹⁵⁸⁴, la propriété intellectuelle¹⁵⁸⁵, la

¹⁵⁸² Article 121 du *Traité UE*, organisé auparavant par l'article 102 A de l'*Acte unique*.

¹⁵⁸³ Article 156 *TFUE* (ex-140 *CE*).

¹⁵⁸⁴ Article 14 du *TFUE*.

¹⁵⁸⁵ Article 118 du *TFUE*.

politique spatiale européenne¹⁵⁸⁶, la politique de l'énergie¹⁵⁸⁷, le tourisme¹⁵⁸⁸, le sport¹⁵⁸⁹, la protection civile¹⁵⁹⁰, la coopération administrative¹⁵⁹¹ et l'aide humanitaire¹⁵⁹².

La coopération au sein de l'Union se manifeste notamment par l'idée de coopération renforcée. Cela consiste à permettre à des États membres de faire évoluer leur système plus rapidement et avec des moyens supplémentaires que ceux dont ils jouissent et ne leur permettant pas d'avancer aussi vite que les autres États. De plus et de manière à éviter que l'Union ne suive le rythme des États éprouvant le plus de difficultés à avancer suivant les règles et les objectifs de l'Union, une coopération entre États est prévue. Le *Traité de Lisbonne* renforce la coopération entre les États membres à ses articles 136 et 137 et dans le protocole sur l'Eurogroupe. Il prévoit la coopération renforcée aux articles 326 à 334, mais celle-ci était déjà envisagée à l'article 20 prévu au titre IV du *TUE*. La coopération renforcée doit se concentrer sur les compétences de l'Union et ne peut avoir lieu dans les compétences exclusives de la Communauté. Puis, les États sont libres de décider de coopérer entre eux dans les domaines de compétence propre. Ainsi, la coopération renforcée doit respecter des règles de procédure contenues dans le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*. Il faut, en particulier, faire une proposition de coopération renforcée auprès de la Commission qui décidera si elle considère que les conditions sont remplies. Dans un second temps, le Conseil décidera à la majorité qualifiée si la coopération renforcée pourra avoir lieu et le Parlement devra approuver cette décision.

Le « *fédéralisme* » de l'Union européenne se caractérise également par la dialogique *primauté du droit communautaire / protection des compétences propres des États membres*. C'est une logique propre à la logique fédérative consistant pour l'entité fédérale à faire primer l'ordre juridique dont elle est maîtresse et pour les États membres de défendre leurs compétences.

¹⁵⁸⁶ Article 189 du *TFUE*.

¹⁵⁸⁷ Article 15 du *TFUE*.

¹⁵⁸⁸ Article 195 du *TFUE*.

¹⁵⁸⁹ Article 165 du *TFUE*.

¹⁵⁹⁰ Article 196 du *TFUE*.

¹⁵⁹¹ Article 197 du *TFUE*.

¹⁵⁹² Article 281 du *TFUE*.

Au niveau européen, une coopération entre les États est une étape indispensable à franchir, mais elle doit s'accompagner d'une participation de l'Union pour éliminer une partie des conséquences négatives de la coopération horizontale. Les pouvoirs de l'Union doivent donc être améliorés pour que son intervention puisse avoir le poids nécessaire dans le processus intergouvernemental. Cela passe par le renforcement du pouvoir financier et par l'attribution d'une part des recettes fiscales à l'Union pour permettre de financer davantage de projets ou donner les moyens aux États ou aux régions de mettre en œuvre leurs politiques. Cependant, pour ne pas créer de déséquilibres, les États devraient pouvoir être mieux représentés au sein des organes de représentation pour que les décisions de l'Union soient guidées par la volonté des États membres.

Le fédéralisme de l'Union européenne est manifeste sur de nombreux aspects. On ne peut, pour autant, parler de « *Fédération européenne* », même si son caractère fédératif est indéniable. Les raisons qui vont à l'encontre d'une acceptation de l'Union européenne comme Fédération sont essentiellement politiques et démocratiques. Le fédéralisme repose sur l'idée de pacte entre les peuples qui composeront la future Fédération. Or ce pacte et le poids des peuples de l'Union n'ont été et ne sont encore que relativement faibles. Le Parlement européen, même s'il a vu ses pouvoirs renforcés avec le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, n'a que trop peu de pouvoir d'initiative et de décision (sans passer par l'accord d'une autre instance). De plus, il n'existe pas de sentiment européen de la part des peuples. Il faut que la population européenne se sente *unie* pour passer de *peuples européens* à un *peuple européen*. Ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle.

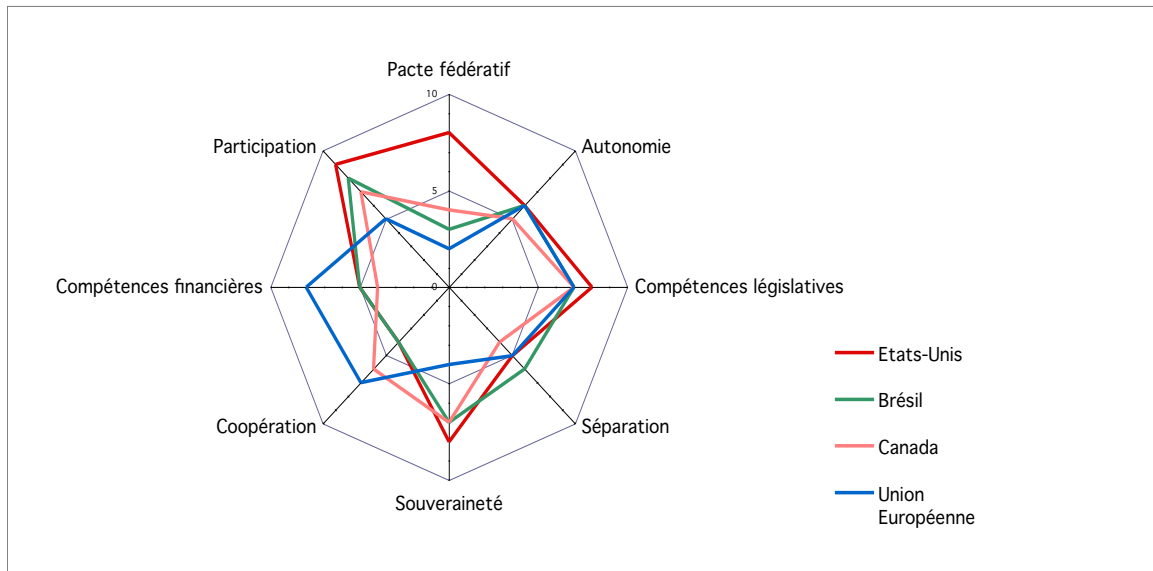
Une *Fédération européenne*, telle que nous l'envisageons, ne devrait pas copier l'organisation d'une Fédération existante. Les peuples ne sont pas prêts à appartenir à un même ensemble aussi uni et intégré que peuvent l'être les Fédérations canadienne, étasunienne ou brésilienne. Les gouvernants ne le sont pas non plus et sont réticents à laisser davantage de compétences à l'Union européenne. Celle-ci doit être un système permettant la protection de ses ressortissants. Cette protection doit conduire à protéger les diversités (ce qui ne ressort pas toujours des politiques européennes lorsqu'une volonté d'uniformité est imposée aux États membres). Elle doit aussi permettre une meilleure prise en charge des difficultés des populations, qu'elles soient sociales, économiques ou culturelles. Il nous semble donc essentiel que l'Union ait des pouvoirs

financiers renforcés pour pouvoir agir dans d'autres domaines que ceux dans lesquels elle peut agir à l'heure actuelle. Toutefois, cela ne doit pas forcément signifier un transfert des compétences des États vers l'Union. Dans cette logique, le principe de subsidiarité devrait être plus largement envisagé. Enfin, un lien devrait être créé entre les instances communautaires et le peuple européen. Les décisions sont encore trop obscures et trop éloignées des citoyens. Une possibilité de saisine de la Commission et du Parlement plus simple et aux conditions moins strictes devrait être envisagée.

Le problème auquel il nous paraît essentiel de réfléchir pour l'avenir du fédéralisme est véritablement celui du balancement des forces. Le fédéralisme ne doit pas chercher à unifier, mais à unir. La diversité qui est une caractéristique de base du fédéralisme doit être protégée. Ainsi, en fonction des particularités historiques, ethniques, religieuses et culturelles de chaque Fédération, il semble nécessaire de chercher à trouver, non pas un équilibre puisque cela est impossible et contraire à la logique fédérative, mais un balancement souple et régulier entre les forces. Pour cela, le texte constitutionnel ne doit pas être trop précis sur une hiérarchie possible des ordres de gouvernement les uns sur les autres tout en identifiant clairement les compétences de chacun. Néanmoins, les interventions d'un ordre de gouvernement sur un autre doivent pouvoir être possible lorsqu'une volonté de l'instance locale ou étatique est établie. En d'autres termes, le gouvernement fédéral doit servir à unir, aider et représenter au niveau international mais pas à décider si cela va à l'encontre des intérêts d'une grande partie de la population.

Le *fédéralisme* de l'Union européenne est donc indéniable sur bon nombre d'aspects. Pour autant, l'appellation de « *Fédération européenne* » reste toujours exagérée, même si son caractère fédératif est manifeste. Les conclusions de notre travail permettent de considérer que si un *modèle fédératif* n'existe pas, la grille de lecture que nous avons établie peut servir à proposer une échelle dans les types de fédéralisme. Ainsi, une graduation peut donc être établie entre les manifestations les plus abouties, comme les États *de type* fédératif et les manifestations les moins abouties dont ferait partie l'Union européenne. Cela servirait à mieux comprendre le fédéralisme et à trouver plus facilement des solutions selon le problème identifié en lui apportant des solutions aux degrés variables.

Schéma et légende



Légende

- Le degré 5 correspond à un équilibre entre les forces fédérées et fédérale
- Plus on se rapproche du 10, plus la part reconnue aux Etats membres est forte.
- Pour les quatre principes (coopération, séparation, autonomie et participation), c'est le degré qui est évalué.
- Concernant le « Pacte fédératif », plus on se rapproche du 10, plus cela montre un pacte basé sur le peuple. Plus on se rapproche du 0, plus cela montre un pacte souhaité par le pouvoir politique.
- Concernant la souveraineté, plus on va vers le 10, plus cela montre une souveraineté reconnue aux Etats membres.

Justifications des graduations

- Pacte fédératif

- États-Unis, il est gradué à **8** car c'est la référence dans les Fédérations modernes. De plus, ce pacte a été souhaité par une grande partie des 13 Etats originels que la Constitution fait références au « *peuple* » étasunien. Cependant, il n'était pas voulu par l'ensemble du futur peuple étasunien.
- Canada, il est fixé à **4** car ce sont davantage les constituants et donc les gouvernants qui ont contribué à l'élaboration de ce pacte.
- Brésil, il est fixé à **3** pour les mêmes raisons que le cas canadien puisque c'est l'empereur au début du fédéralisme canadien puis les gouvernants lors de la création de la Constitution de 1988 qui ont souhaité ce pacte.
- Union européenne, l'absence de véritable constitution est la raison de ce niveau **2**.

- Autonomie :

- États-Unis, l'autonomie des États membres n'est que relative du fait de la discordance entre des pouvoirs législatifs reconnus et des pouvoirs financiers pour les mettre en œuvre plutôt faibles. Le niveau est donc fixé à **6**.
- Canada, les compétences financières étant tellement dépendantes de la volonté du gouvernement fédéral que le niveau est fixé à **5**.
- Brésil, le niveau de **6** est établi pour les mêmes raisons que pour le cas étasunien.
- Union européenne, les règles fixées par les institutions européennes ayant un poids si important dans l'action des États membres, le niveau est fixé à **6**.

- Compétences législatives

- États-Unis, le niveau est fixé à **8** car la Constitution reconnaît aux États une compétence résiduelle et que ceux-ci jouissent d'un grand nombre de pouvoirs.
- Canada, le niveau est établi à **7** car les provinces détiennent de nombreux pouvoirs mais pas les compétences résiduelles. Pour autant, les provinces détiennent d'importantes compétences.
- Brésil, le niveau est de **7** car les États membres détiennent de nombreux pouvoirs mais ils sont délestés d'une partie par les municipalités.

- Union européenne, les nombreuses compétences laissées aux États membres par les traités lui permettent de se situer au niveau 7.

- Séparation

- États-Unis, si la Constitution prévoit une séparation relativement claire, la pratique montre que celle-ci n'est pas aussi évidente. Le niveau est donc fixé à 5.
- Canada, la séparation entre les compétences du gouvernement fédéral et des provinces n'est que toute relative du fait de nombreux pouvoirs d'Ottawa pour agir dans des domaines de compétence qui ne relèvent pas de lui. Le niveau est donc de 4 car en faveur du fédéral.
- Brésil, le niveau est de 6 car la Constitution prévoit clairement les cas de possibilité d'intervention d'un ordre sur un autre.
- Union européenne, si les compétences de l'Union sont établies, tout comme celles des États membres, le principe de subsidiarité joue un rôle non négligeable dans le non respect de cette séparation. Le niveau est donc de 5.

- Souveraineté

- États-Unis, le niveau est de 8 car la souveraineté des États est évidente dans l'esprit fédératif étasunien.
- Canada, le niveau est de 7 car la Constitution ne met pas autant en avant la souveraineté des provinces mais les pouvoirs de celles-ci sont néanmoins évidents.
- Brésil, le niveau est également de 7 car La Constitution reconnaît aux États ainsi qu'aux municipalités une souveraineté dans de nombreux domaines.
- Union européenne, le niveau est de 4 car l'Union est compétente dans de nombreux domaines et en influence d'autres, qui sont normalement de compétence étatique.

- Coopération

- États-Unis, la coopération est peu prévue et relativement peu utilisée. Le niveau est de 4.
- Canada, la coopération est peu prévue mais bien plus établie, notamment par les conférences fédérales-provinciales et inter-provinciales. Le niveau est de 6.

- Brésil, la coopération est relativement prévue par la Constitution mais peu effective. Le niveau est de 4.
- Union européenne, la coopération est un élément important dans la logique communautaire et clairement prévue par les traités. Le niveau est de 7.

- Compétences financières

- États-Unis, les États sont dépendants des transferts fédéraux ce qui rend leurs compétences relatives. Le niveau est de 5.
- Canada, comme pour le cas des États-Unis, les provinces sont dépendantes des transferts fédéraux car celui-ci perçoit des ressources qui devraient revenir aux provinces. Le niveau est de 4.
- Brésil, les ressources des États sont également liées aux transferts de la part du gouvernement fédéral. Le niveau est de 5.
- Union européenne, les États membres jouissent encore de ressources non négligeables et les ressources de l'Union sont conditionnées par les « transferts » provenant des États. Le niveau est de 8.

- Participation

- États-Unis, les États sont représentés par le Sénat qui a un poids très important dans la conduite de la politique fédérale. Le niveau est de 9.
- Canada, les provinces ne participent pas directement au pouvoir législatif fédéral, le niveau est donc de 7. Par contre, les rencontres fédérales-provinciales sont importantes.
- Brésil, les États par le Sénat ont aussi un poids important dans la politique nationale et participent au pouvoir législatif. Le niveau est de 8.
- Union européenne, les États membres ne participent que relativement à l'Union. Le poids du Parlement est encore plutôt faible et si les États désignent les commissaires européens, ils ne représentent plus leur pays d'origine s'ils sont en fonction et le nombre de commissaires doit correspondre au deux-tiers du nombre d'États membres. Le choix du Président de la Commission par le Conseil européen doit néanmoins tenir compte des résultats du Parlement. Le niveau est donc de 5.

Vu, la directrice de thèse

Vu, la directrice de thèse

Vu, le Président de l'Université

Vu, le Recteur de l'Université

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux, manuels

- BAKER John F., *The Federal Constitution : An Essay*, New York, G.P. Putnam's Sons, 1887, 126 p.
- BARANGER Denis, *Le droit constitutionnel*, 6^{ème} éd., Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2013, 128 p.
- BARANGER Denis, RIALS Stéphane, *Textes constitutionnels étrangers*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2007, 127 p.
- BEAUDOIN Gérald-A., *Le fédéralisme au Canada – Les institutions, le partage des pouvoirs*, Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 2000, 1076 p.
- BOUTMY Emile, *Etudes de droit constitutionnel*, 1^{ère} éd., Paris, Plon, 1885, 272 p.
- BRUN Henri, TREMBLAY Guy et BROUILLET Eugénie, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008, 1548 p.
- BUFFELAN-LANORE Yvaine, *Droit civil*, 10^{ème} éd., Paris, Sirey, 2006, 826 p.
- BURDEAU George, *Traité de science politique – Les façades institutionnelles de la démocratie gouvernante*, Tome, IX, Paris L.G.D.J., 1976, 601 p.
- BURDEAU George, *Traité de science politique – Les façades institutionnelles de la démocratie gouvernante*, Tome, II, Paris L.G.D.J., 1980, 733 p.
- CHEVALLIER Jacques, *L'État*, Paris, Dalloz, 2011, 122 p.
- CONSTANTINESCO Vlad et PIERRÉ-CAPS Pierre, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., 2011, Paris, PUF, 551 p.
- DICEY Albert Venn, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, 2nd ed., London, MacMillan, 1886, 412 p.
- DICEY Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, London, MacMillan and Co., 1902, 533 p.
- DICEY Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., Indianapolis, Liberty Fund, 1915, 577 p.
- DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, 2^{ème} éd., Paris, P.U.F., 2006, 753 p.

- DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne librairie Fontemoing, tome I, 3e édition, 1927, 763 p.
- FABRE-MAGNAN Muriel, *Droit des obligations 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2010, 720 p.
- HAURIOU Maurice, *Principes de droit public*, Larose, 1^{ère} édition, 1910, 734 p.
- HOGG Peter, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 2000.
- ISAAC Guy et BLANQUET Marc, *Droit communautaire général*, 8^{ème} éd., Paris, Armand Colin, 2001, 395 p.
- LOCKE John, *Traité du gouvernement civil*, 2^{ème} éd., Paris, Flammarion, 1999, 381 p.
- PACTET Pierre et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, 31^{ème} édition, Paris, Sirey, Dalloz, 2012, 638 p.
- TREMBLAY André, *Droit constitutionnel*, Montréal, Thémis, 2^{ème} éd. , 2000, 557 p.

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- AGOSTINI Eric, *Le droit comparé*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988, 339 p.
- ANTON Thomas J., *American Federalism and Public Policy : How the System Works*, New York, Random House, 1989, 244 p.
- ALTHUSIUS Johannes Althaus, *Politica Methodice Digesta*, Réimpression de la 3^{ème} éd. de 1614, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1932, 436 p.
- ANASTOPOULOS Jean, *Les aspects financiers du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1979, 440 p.
- AQUIN (d') Thomas, *La somme théologique*, II, Paris, Editions Rieder, 1929, 244 p.
- ARENDT Hannah, *La crise de la culture*, Paris, Gallimard, 1972, 380 p.
- ARENDT Hannah, *Condition de l'homme moderne*, Paris, Calman-Levy, 1983, 368 p.
- ARISTOTE, *La Politique*, Paris, Vrin, 1962, 595 p.
- AUBERT Jean-Luc, *Le contrat – droit des obligations*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2005, 142 p.
- AUSTIN John, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, Weidenfeld and Nicholson, 1954, 396 p.

- BAILYN Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, enlarged ed., Cambridge Massachusets, Belknap Presso of Harvard University Press, 1992, 396 p.
- BAKER John F., *The Federal Constitution : An Essay*, New York, G.P. Putnam's Sons, 1887, 126 p.
- BARRUÉ-BELOU Rémi, *La question de la comparaison en droit*, Mémoire de Master 2, Toulouse, 2006, 122 p.
- BAUDIN-CULLIERE Frédéric, *Principe de subsidiarité et administration locale*, LGDJ, 1995, 120 p.
- BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, 512 p.
- BEAUD Olivier, *Théorie de la fédération*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, 447 p.
- BECHILLON (de) Denys (sous la dir.), *Les défis de la complexité - Vers un nouveau paradigme de la connaissance*, Paris, Collection du Groupe de Réflexions Transdisciplinaires (Université de Pau), Editions L'Harmattan, 1994, 211 p.
- BEDNAR Jenna, *The Robust Federation – Principles of Design*, Cambridge University Press, 2009, 242 p.
- BENOIST Jocelyn, *Concepts*, Paris, Editions du CERF, 2010, 203 p.
- BIRD Richard M., *Federal Finance in Comparative Perspective*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1986, 250 p.
- BISSONNETTE Georges, *Essai sur la Constitution du Canada*, Montréal, Editions du Jour, 1963, 199 p.
- BODIN Jean, *Six livres de la République*, Livre 1, Paris Fayard, 1986, 1667 p.
- BODIN Jean, *Six Livres de la République*, Lyon, Gabriel Cartier, 1588, 1060 p.
- BROUILLET Eugénie, *La culture et le partage fédératif des compétences législatives de 1867 à nos jours*, Mémoire de maîtrise, Faculté de droit de l'université Laval, 1998, 135 p.
- BROUILLET Eugénie, *L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, thèse, faculté de droit de l'Université Laval de Québec, 2003, 609 p.
- BROUILLET Eugénie, *La négation de la nation*, Québec, Les Editions du Septentrion, 2005, 478 p.
- BROUILLET Eugénie, *Cours de partage des compétences au Canada*, 2008/2009.

- BRUGMANS Henri, *La pensée politique du fédéralisme*, A.W. Sijthoff Uitgerversmaatschappij, N. V., 1969, 144 p.
- BRUN Henri, *La formation des institutions parlementaires québécoises, 1791-1838*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1970, 281 p.
- BURELLE André, *Le mal canadien. Essai de diagnostic et esquisse d'une thérapie*, Montréal, Fides, 1995, 239 p.
- BURGESS Michael, *Comparative Federalism – Theory and Practice*, Routledge, London, 2006, 357 p.
- BUREAU D'ETUDES FISCALES ET JURIDIQUES FRANCIS LEFEBVRE, *États-Unis : juridique, fiscal, social, comptable*, Levallois, Ed. Francis Lefebvre, 1998, 541 p.
- CARNEY Frederick S., *The Politics of Johannes Althusius*, Eyre & Spottiswoode, London, 1965, 232 p.
- CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, réimpr. CNRS, 1962, 638 p.
- Centre d'étude du fédéralisme, *Le fédéralisme*, Bruxelles, De Boeck, 1994, 129 p.
- CHALTIEL Florence, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, Paris, L.G.D.J., 2000, 606 p.
- CHOPIN Thierry, *La République « une et indivisible ». Les fondements de la Fédération américaine*, Paris, Plon, 2002, 324 p.
- CLARK Jane Perry, *The Rise of a New Federalism : Federal-State Cooperation in the United States*, New York, Columbia University Press, 1938, 347 p.
- CLERGERIE Jean-Louis, *Le principe de subsidiarité*, Paris, Ellipses, 1997, 126 p.
- CROISAT Maurice, *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, 3^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1999, 160 p.
- CYR Hugo, *Canadian Federalism and Treaty Powers*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2009, 305 p.
- DELPEREE Francis (sous la direction), *Le principe de subsidiarité*, Paris, Bruylant, LGDJ, 2002, 538 p.
- DEMELEMESTRE Gaëlle, *Les deux souverainetés et leur destin – Le tournant Bodin-Althusius*, Paris, Les Editions du CERF, 2011, 280 p.
- DERATHÉ Robert, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, J. Vrin, 1995, 473 p.

- DE WOLF Michel, *Souveraineté fiscale et principe de non discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et de la Cour suprême des États-Unis*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 500 p.
- DUCLOS Pierre, *L'Être fédéraliste*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968, 71 p.
- ELAZAR Daniel J., *American Federalism : A View from the States*, 2d ed., New York, Thomas Y. Crowell Company, 1972, 256 p.
- ELAZAR Daniel J., *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, Université of Alabama Press, 1987, 335 p.
- ELAZAR Daniel J., *Federalism : An Overview*, Pretoria, HSRC, 1995, 65 p.
- FERCOT Céline, *La protection des droits fondamentaux dans l'Etat fédéral. Etude de droit comparé allemand, américain et suisse*, Paris, LGDJ, Fondation Varenne, Coll. des thèses, 2011, 877 p.
- FLEURY Thibaut, *La question du territoire aux États-Unis de 1789 à 1914. Apports pour la construction du droit international*, Université Panthéon-Assas, 2011, 605 p.
- FORSYTH Murray, *Unions of States: The Theory and Practice of Confederation*, Leicester, Leicester University Press, 1981, 236 p.
- FOULQUIÉ Paul, *La dialectique, Que sais-je ?*, Paris, Presses Universitaires de France, 127 p.
- FREEMAN Edward, *History of Federal Government in Greece and Italy*, 2d ed., London, McMillan, 1893, 692 p.
- FRIEDRICH Karl, *Tendances du fédéralisme en théorie et en pratique*, Bruxelles, Institut belge de science politique, 1971, 205 p.
- GELLNER Ernest, *Nations and Nationalism*, New York, Cornell University Press, 1983, 164 p.
- GIERKE Otto (von), *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Breslau, 1881.
- GIERKE Otto (von), *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Ed. 2, Ausgabe, Breslau, 1902.
- GIERKE Otto (von), *The Development of the Political Theory*, New York, Howard Fertig Inc. Edition, 1966, 364 p.
- GOUIN Léon Mercier et CLAXTON Brooke, *Legislative Expedients and Devices Adopted by the Dominion and the Provinces*, Ottawa, King's Printer, 1939, 72 p.
- GRAVES W. Brooke, *American Intergovernmental Relations : their origins, historical development, and current status*, New York, Scribner's, 1964, 984 p.

- GRODZINS Morton, *The American System : A View of Government in the US*, ed. Daniel J. Elazar, Chicago, Rand McNally, 1984, 422 p.
- GUTTERIDGE H. C., *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge, Cambridge University Press, 1946, 208 p.
- HABERMAS Jürgen, *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000, 149 p.
- HART H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, 328 p.
- HEGEL Friedrich, *Logique*, 2^{ème} éd., Paris, G. Baillière, 1874, 397 p.
- HEGEL Friedrich, *La constitution de l'Allemagne*, Paris, Ed. du Champ Libre, 1974, 592 p.
- HELD David, *Democracy and the Global Order : From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, Polity, 1995, 324 p.
- HERAUD Guy, *Les principes du fédéralisme et la fédération européenne*, Paris, Presses Europe, 1968, 155 p.
- HEYMANN Jeremy, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris, Economica, 2010, 423 p.
- HOBBS Thomas, *Léviathan*, Paris, Sirey, 1971, 780 p.
- HOUTER Christine, *La construction européenne – Etapes, objectifs, réalisations*, Paris, Nathan/HER, 2000, 127 p.
- HUEGLIN, Thomas O., *Early Modern Concepts for a Late Modern World – Althusius on Community and Federalism*, Waterloo, Wilfrid Laurier University Press, 1999, 265 p.
- JACKSON Robert, *Sovereignty Evolution of an Idea*, Cambridge, Polity Press, 2007, 180 p.
- JAULIN Annick, *Aristote : la métaphysique*, Paris, PUF, 1999, 136 p.
- JOUVENEL Bertrand (de), *De la politique pure*, Calmann-Lévy, 1963, 310 p.
- JURINSKI James John, *Tax Reform*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2000, 320 p.
- KANT Emmanuel, *Critique de la raison pure*, 3^{ème} éd., Paris, P.U.F., 1963, 586 p.
- KANT Emmanuel, *Vers la paix perpétuelle. Que signifie s'orienter dans la pensée ? Qu'est-ce que les Lumières ?*, Paris, Flammarion, 1991, 206 p.
- KING Preston, *Federalism and Federation*, London, Croom Helm, 1982, 159 p.

- KOJEVE Alexandre, *La notion d'autorité*, Paris, Gallimard, 2004, 208 p.
- LAMBERT Jacques, *Histoire constitutionnelle de l'Union américaine*, Lyon, Annales de l'Université de Lyon, 1934, 431 p.
- LASKI Harold, *The Obsolescence of Federalism - New Republic*, 3, 1939, 367 p.
- LASKI Harold J., *A Grammar of Politics*, London, G. Allenand Unwin, 5th edition, 1967, 672 p.
- LEGRAND Pierre, *Fragments on Law-as-culture*, W.E.J. Tjeenk Willink, Schoordijk Institute, Deventer, 1999, 162 p.
- LUBASZ Heinz, *The Development of the Modern State*, New York, MacMillan, 1964, 151 p.
- LA FOREST G. V., *The Allocation of Taxing Power under the Canadian Constitution*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1967, 185 p.
- LA MALENE Christian (de), *L'application du principe de subsidiarité*, Les rapports du Sénat, n°46, 1996-1997, 119 p.
- LE FUR Louis, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, LGDJ, 1896, 839 p.
- LE QUINIO Alexis, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Thèse, Collection des thèses Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2011, 522 p.
- MACCORMICK Neil, *Questioning Sovereignty : Law, State and Practical Reason*, Oxford, Oxford, University Press, 1999, 224 p.
- MADISON James, *Letters and Other Writings*, vol. IV, J.B. Lippincott & Co, 1865, 694 p.
- MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ Dominique (sous la dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Actes de colloque, Paris, Montchrestien, 2006, 229 p.
- MCCOY Drew R., *The Last of the Fathers ; James Madison and the Republican Legacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, 386 p.
- MARC Alexandre, *Dialectique du déchaînement, fondements philosophiques du fédéralisme*, Paris, Edition du Vieux Colombier, 1961, 128 p.
- MARC Alexandre, *De la méthodologie à la dialectique*, Paris, Presses d'Europe, 1970, 112 p.
- MARTI Gaëlle, *Le pouvoir constituant européen*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 806 p.
- MARTIN Ged, *Britain and the Origins of Canadian Confederation, 1837-67*, Basingstoke and London, Macmillan, 1995, 388 p.

- MESNARD Pierre, *L'essor de la philosophie politique au XVIème siècle*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1951, 710 p.
- MICHOUÉ Léon, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, T. I, Paris, LGDJ, 1909, 1033 p.
- MILL John Stuart, *Système de logique déductive et inductive*, Paris, Librairie Germer Baillière et C^{ie}, 1843, 141 p.
- MILLION-DELSOL Chantal, *L'État subsidiaire*, Léviathan, Presses Universitaires de France, 1992, 232 p.
- MILTRANY David, *The Progress of International Government*, New Haven, Yale University Press, 1933, 176 p.
- MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, Paris, Gallimard, T 2, 1995, 1627 p.
- MONTESQUIEU, *Lettres persanes – Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, Paris, Garnier, 2009, 575 p.
- MORIN Jacques-Yvan, *Le fédéralisme, théorie et critique*, cours 1963-1964, Université de Montréal.
- MORIN Edgar, *La méthode*, Tome 1, *La nature de la nature*, Paris, Seuil, 1977, 399 p.
- MORIN Edgar, *La méthode – La vie de la vie*, Tome 2, Paris, Editions du Seuil, 1980, 470 p.
- MORIN Edgar, *La méthode – La connaissance de la connaissance*, Tome 3, Paris, Editions du Seuil, 1986, 243 p.
- MORIN Edgar, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Editions du Seuil, 2005, 158 p.
- MOULOUD Noël, *Les structures : la recherche et le savoir – Réflexion sur la méthode et la philosophie des sciences exactes*, Paris, Payot, 1968, 308 p.
- MOUSKHELY Michel., *La théorie juridique de l'État fédéral*, Paris, Pedone, 1931, 302 p.
- MUSGRAVE, Richard A., *The Theory of Public Finance*, New York, Mc-Graw Hill, 1959, 628 p.
- OHMAE Kenichi, *The End of the Nation State. The Rise of Regional Economies*, New York, Free Press, 1995, 224 p.
- ORBAN Edmond, *La dynamique de la centralisation dans l'État fédéral : un processus irréversible ?*, Montréal, Ed. Québec/Amérique, 1984, 526 p.

- PHILPOTT Daniel, *Revolutions in Sovereignty*, Princeton, Princeton University Press, 2001, 352 p.
- PIERRÉ-CAPS Stéphane, *Droits constitutionnels étrangers*, Paris, PUF, 2010, 251 p.
- PLATON, *Œuvres complètes* . Tome VII, 1ère partie, *La République*, Livres IV-VII, Paris, Les Belles Lettres, 1933, 186 p.
- POINCARÉ Henri , *La valeur de la science*, Paris, Flammarion, 1920, 278 p.
- PROUDHON Pierre-Joseph, *Œuvres complètes - Du principe fédératif*, Paris, Marcel Rivière et C^{ie}, 1959, 604 p.
- PUFENDORF Samuel, *Droit de la nature et des gens*, T. 1 et 2, Caen, Centre de philosophie du droit de Caen, Presses universitaires de Caen, 2009, 1170 p.
- READ James H., *Power versus Liberty ; Madison, Hamilton, Wilson and Jefferson*, 2000, Charlottesville, University Press of Virginia, 201 p.
- RICHARD Bastien, *Fédéralisme et décentralisation, où en sommes-nous ?*, Ottawa, le Gouvernement, 1981, 58 p.
- RIKER W.H., *Federalism: Origin, Operation, Significance*, Boston, Little, Brown & Company, 1964, 169 p.
- ROSSITER Clinton, *The Federalist Papers*, New York, New American Library, 1961, 238 p.
- SACCO Rodolfo, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, 176 p.
- SALEILLES Raymond, *De la personnalité juridique* (1910), Paris, La mémoire du droit, 2003 , 673 p.
- SAURON Jean-Luc, *Comprendre le traité de Lisbonne*, Paris, Gualino, 2008, 351 p.
- SCHELLE Georges, *Précis de droit des gens*, 1^{ère} partie, Paris, Sirey, 1932, 312 p.
- SCHMITT Carl, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, 576 p.
- SCHUMAN Robert, *Pour l'Europe*, 2^{ème} éd., Nagel , Paris, 1964, 205 p.
- SIDJANSKI Dusan, *L'avenir fédéraliste de l'Europe*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, 440 p.
- SMILEY Donald, *Canada in Question : Federalism in the Eighties*, Third Edition, MacGraw-Hill Ryerson Limited, 1980, 347 p.
- SMILEY Donald, *The Federal Condition in Canada*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1987, 202 p.

- SMITH James Morton (ed.), *The Republic of Letters : The Correspondance between Thomas Jefferson and James Madison, 1776-1826*, N.Y. & Londres, W.W. Norton & Co., vol.3, 1995, 661 p.
- SNOWISS Sylvia, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1990, 228 p.
- SPAIN August O., *The Political Theory of John C. Calhoun*, New York, Bookman Associates, 1951, 306 p.
- SPINOZA Baruch, *Traité de l'autorité politique*, Paris, Gallimard, 1954, 308 p.
- STRAYER Barry L., *Judicial Review of Legislation in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1968, 275 p.
- SUQUET Frédérique, *La légitimité démocratique de l'Union européenne*, Toulouse, 2003, 556 p.
- TAILLON Patrick, *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple ?*, Paris, Dalloz, 2012, 585 p.
- THERET Bruno, *La protection sociale et le fédéralisme*, Bruxelles, Presses de l'Université de Montréal, P.I.E.-Peter Lang, 2002, 341 p.
- TOCQUEVILLE (de) Alexis, *De la démocratie en Amérique*, Paris, GF-Flammarion, 1981, 569 p.
- TRUDEAU Pierre Elliot, *Les subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du Parlement canadien*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.
- TUSSEAU Guillaume, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle – Essai de critique méthodologique*, Bologna, Bononia University Press, 2009, 87 p.
- VAYSSIÈRE Bertrand, *Vers une Europe fédérale ?*, Bruxelles, P.I.E.- Peter Lang, 2006, 368 p.
- VEILLEUX Gérard, *Les relations intergouvernementales au Canada, 1867-1967*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 1971, 144 p.
- VERGNIOLLE DE CHANTAL François, *Fédéralisme et antifédéralisme*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2005, 127 p.
- VIGOUR Cécile, *La comparaison dans les sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2005, 335 p.
- VILE M.J.C., *The Structure of American Federalism*, New York, Oxford University Press, 1961, 206 p.
- VOYENNE Bernard, *Histoire de l'idée fédéraliste – Les sources*, T.1, Paris, Presses d'Europe, 1981, 316 p.

- VOYENNE Bernard, *Histoire de l'idée fédéraliste - Le fédéralisme de P.-J. Proudhon*, T.2, Paris, Presses d'Europe, 1973, 206 p.
- VOYENNE Bernard, *Histoire de l'idée fédéraliste – Les lignées proudhoniennes*, T.3, Paris, Presses d'Europe, 1976, 284 p.
- WATKINS, Frederick Mundell, *The State as a Concept of Political Science*, New York and London, Harper and Brothers, 1934, 148 p.
- WATSON Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2^d ed., Athens, Georgia, The University of Georgia Press, 1993, 121 p.
- WATTS Ronald L., *New Federations: Experiments in the Commonwealth*, Oxford, Clarendon Press, 1966, 417 p.
- WATTS Ronald L., *Comparing Federal Systems*, Mc-Gill-Queen's University Press, Montreal & Kingston London Ithaca, 1998, 138 p.
- WATTS Ronald L., *Comparaison des régimes fédéraux des années 90*, Montreal & Kingston – London – Ithaca, Institut des relations intergouvernementales, 1998, 126 p.
- WATTS Ronald L., *Comparaison des régimes fédéraux*, 2^{ème} éd., Montréal et Kingston-London-Ithaca, Institut des relations intergouvernementales, Presses universitaires McGill-Queen's, 2002, 142 p.
- WAYNE BAKER J., *Heinrich Bullinger and the Covenant: The Other Reformed Tradition*, Athens, Ohio University Press, 1980, 300 p.
- WHEARE K.C., *Federal Government*, 4th ed., London, Oxford University Press, 1963, 266 p.
- WIGHT Martin, *Systems of States*, ed. Hedley Bull, Leicester, Leicester University Press, 1977, 232 p.
- WILDAVSKY A., *American Federalism in Comparative Perspective*, Boston, Little Brown, 1967, 277 p.
- WITTGENSTEIN Ludwig, *Remarques mêlées*, 2^{ème} éd. revue et corrigée, Mauvezin, Ed. TER, 1990, 211 p.
- WOOD Gordon S., *The Creation of the American Republic 1776-1787*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, London, Oxford University Press, 1969, 653 p.
- ZOLLER Elisabeth, *Le droit des États-Unis*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2001, 127 p.

Ouvrages collectifs

- BINDER Sarah A. and SMITH Steven S., *Politics or Principle ? Filibustering in the United States Senate*, Washington DC, The Brookings Institution Press, 1997, 249 p.
- BLINDENBACHER Raul and KOLLER Arnold, *Federalism in a Changing World – Learning from Each Other*, Montréal & Kingston-London-Ithaca, Mc Gill-Queen's University Press, 2002, 600 p.
- BRAULT Philippe, RENAUDINEAU Guillaume et SICARD François, *Le principe de subsidiarité*, Paris, La documentation française, 2005, 111 p.
- BURGESS Michael and GAGNON Alain-G., *Comparative Federalism and Federation*, University of Toronto Press, 1998, 250 p.
- CROISAT Maurice, QUERMONNE Jean-Louis, *L'Europe et le fédéralisme*, 2^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 1999, 156 p.
- DAVID René, JAUFFRET-SPINOSI Camille, *Les grands systèmes juridiques contemporains*, 10^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1992, 523 p.
- DOERN G. Bruce and TONER Glen, *The Politics of Energy*, Toronto, Methuen, 1985, 523 p.
- D'ARCY François, ROUBAN Luc, *De la V^{ème} République à l'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Quermonne*, Paris, Presses de la fondation nationale de Sciences politiques, 1996, 388 p.
- FOWLER Michael Ross and BUNCK Julie Marie, *Law, Power and the Sovereign State – The Evolution and Application of the Concept of Sovereignty*, University Park Pennsylvania, Pennsylvania State University Press, 1995, 200 p.
- GAILARD Hunt and BROWN SCOTT James, *The Debates in the Federal Convention of 1787 which framed the Constitution of the United States of America, Reported by James Madison*, New York, Oxford University Press, 1920, 731 p.
- Group of 22, *Making Canada Work Better*, Toronto : C.D. Howe Institute, 1996.
- HAMILTON A ., JAY J., MADISON G., *Le Fédéraliste*, Paris, L.G.D.J., 1957, 788 p.
- HECKLY Christophe et OBERKAMPF Eric, *La subsidiarité à l'américaine : quels enseignements pour l'Europe ?*, Paris, l'Harmattan, 1994, 197 p.
- KINCAID John et TARR Alan, *A Global Dialogue on Federalism - Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, vol.1, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2005, 467 p.

- LEBEN, C. « Fédération d'états-nations ou état-fédéral ? », in chr. Joerges, Y. Meny, J.H.H. Weiler, *What kind of Constitution for what kind of Polity*, Responses to Joschka Fischer, European University Institute, San Domenico, 2000.
- LEGRAND Pierre and MUNDAY Roderick, *Comparative Legal Studies : traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 571 p.
- MAJEED Akhtar, WATTS Ronald L. and BROWN Douglas M., *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol.2, McGill – Queen's University Press, 2006, 373 p.
- MARBACH Joseph R., KATZ Ellis and SMITH Troy E., *Federalism in America*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 2006, 760 p.
- MASTOR Wanda, OTIS Ghislain, CISSÉ Abdoullah et DE DECKKER Paul, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Paris, Edition des archives contemporaines, 2010, 112 p.
- MAURICE Marc, SELIER François et SYLVESTRE Jean-Jacques, *Politique d'éducation et organisation industrielle en France et en Allemagne. Essai d'analyse sociétale*, Paris, Presses Universitaires de France, 1982, 382 p.
- MOORE Albert M., PERRY J. Harvey et BEACH Donald I., *Le financement de la fédération canadienne*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1966, 164 p.
- OST François et KERCHOVE (van de) Michel, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.
- REUTER Paul et COMBACAU Jean, *Institutions et relations internationales*, Paris, PUF, 1985, 585 p.
- SHUGARMAN David P. et WHITAKER Reg, *Federalism and Political Community – Essays in Honour of Donald Smiley*, Peterborough Ontario, Broadview Press Ltd., 1989, 478 p.
- TUNC André et Suzanne, *Le droit des États-Unis d'Amérique*, Paris, Dalloz, 1955, 527 p.

Articles

- ADAM Marc-Antoine, « Le fédéralisme, le pouvoir de dépenser et l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867* », conférence prononcée en mai 2007, 3^{ème} Congrès de l'Association québécoise de droit constitutionnel à l'Université Laval.
- ALARCON Pietro Lora, « O paradigma do soberano », *Revista brasileira de Estudos Politicos*, 2006, n°94, julho/dezembro, pp. 273-314.

- ALVES Paulo, « A República e a construção da ordem », *História*, 1989, número especial,, Universidade Estadual Paulista, pp. 1-25.
- APARECIDA DE JESUS Prudente Eunice e VILLELA LOMAR Paulo José, « O Estado federado brasileiro, as relações entre os poderes, o direito de participação popular e as regiões metropolitanas », *Revista da faculdade de direito*, Universidade de São Paulo, 1996, vol.91, pp. 181-199.
- ARON Raymond, « Comment étudier le fédéralisme ? », *Commentaires*, Hiver 2000-2001, vol.23, n°92, pp. 823-831.
- BARANGER Denis, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 259-308.
- BARANGER Denis, « The apparition of sovereignty », in KALMO Hent and SKINNER Quentin, *Sovereignty in Fragments : The Past, Present and Future of a Contested Concept*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 47-63.
- BASILIEN-GAINCHE Marie-Laure, « Le modèle européen de démocratie parlementaire serait-il gouvernemental ? », *Association française de droit constitutionnel, VIIe Congrès français de droit constitutionnel congrès de Paris*, 25, 26 et 27 septembre 2008,
<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/atelierP6.html>.
- BAUER NOVELLI Flávio, « Notes on the Brazilian Tax System », in DOLINGER Jacob & ROSENN Keith S., *A Panorama of Brazilian Law*, Lynne Rienner, University of Miami, 1992, pp. 53-79.
- BEAUD Olivier, « La fédération entre l'État et l'empire », in B. THERET (dir), *L'État, la finance et le social : souveraineté nationale et construction européenne*, La Découverte, 1995, pp. 282-305.
- BEAUD Olivier, « Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaider pour plus de réalisme constitutionnel », in AUER Andreas et FLAUSS Jean-François, *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 125-180.
- BEAUD Olivier, « Fédéralisme et souveraineté », *Revue de droit public*, n°1, 1998, pp. 83-122.
- BEAUD Olivier, « La doctrine constitutionnelle américaine connaît-elle une théorie de la Fédération ? » in Philippe Raynaud et Elisabeth Zoller (dir.), *Le droit dans la culture américaine*, Paris, Edition Panthéon Assas, 2001, pp. 21-39.
- BEAUD Olivier, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques – Le cas particulier de la Fédération », *Revue universelle des droits de l'homme*, 2004, pp. 16-26.
- BEAUD Olivier, « L'Europe vue sous l'angle de la fédération. Le regard paradoxal de Paul Reuter », *Droits*, n°45, 2007, pp. 47-71.

- BEAUD Olivier, « La Fédération comme forme politico-juridique », in G. Duso, A. Scalone, (a cura di), *Come pensare il federalismo. Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, Polimetrica, International Publishers, Monza, 2010, pp. 19-48.
- BÉCHILLON (de) Denys, « L'Ordre juridique est-il complexe ? », in BÉCHILLON (de) Denys (dir), *Les défis de la complexité*, Paris L'Harmattan, 1994, pp. 33-59.
- BELLAMY Richard, « The Political Form of the Constitution : the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy », *Political Studies*, 1996, 44, pp. 436-456.
- BELLAMY Richard, « Sovereignty, Post-Sovereignty and Pre-Sovereignty : Three Models of the State, Democracy and Rights within the EU », in WALKER Neil, *Sovereignty in Transition*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 167-189.
- BERGMANS Bernhard, « L'enseignement d'une terminologie juridique étrangère comme mode d'approche du droit comparé : l'exemple de l'allemand », *Revue Internationale de droit comparé*, 1987, n°1, pp. 89-110.
- BERMAN George A., « Taking Subsidiarity Seriously : Federalism in the European Community and the United States », *Columbia Law Review*, vol.94, march 1994, n°2, pp. 331-456.
- BLACHE Pierre, « Le pouvoir de dépenser au cœur de la crise constitutionnelle canadienne », *Revue Générale de Droit*, 1993, 24, pp. 29-64.
- BLANQUER Jean-Michel, « Le projet de Constitution européenne. Entre pacte fédératif et ordre constitutionnel coopératif », *Revue de droit public*, n°5-2003, pp. 1275-1280.
- BLINDENBACHER Raul and WATTS Ronald L., « Federalism in a Changing World-A Conceptual Framework for the Conference », in BLINDENBACHER Raul and KOLLER Arnold, *Federalism in a Changing World*, Mc Gill-Queen's University Press, Montréal & Kingston-London-Ithaca, 2002, pp. 5-25.
- BLÖDAL Jón R., GORETTI Chiara et KROMANN KRISTENSEN Jens, « La budgétisation au Brésil », *Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire – vol. 3*, n° 1, 2003, pp. 109-145.
- BOADWAY Robin, « Canada : les nouvelles questions qui se posent dans une fédération décentralisée », in BLINDENBACHER Raul et OSTIEN KAROS Abigail, *Dialogues sur la pratique du fédéralisme fiscal : perspectives comparatives*, McGill-Queen's University Press, 2007, pp. 11-14.
- BOLLEYER Nicole, « Federal Dynamics in Canada, the United States, and Switzerland: How Substates' Internal Organization Affects Intergovernmental Relations », *Publius : The Journal of Federalism*, volume 36, number 4, pp. 471-502.
- BRASILEIRO Ana Maria, « O Federalismo Cooperativo », *Revista Brasileira de Estudos Politicos*, Julho de 1974, n°39, Belo Horizonte, UFMG, pp. 83-128.

- BRETON Albert, « Federalism and Decentralization: Ownership Rights and the Superiority of Federalism », *Publius : The Journal of Federalism*, 2000, 30 (2), pp. 1-16.
- BROUILLET Eugénie, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », *Les cahiers de droit*, vol.45, n°1, Université Laval, mars 2004, pp. 7-67.
- BROUILLET Eugénie, « Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora's Box? », *Supreme Court Law Review*, 2011, 54 S.C.L.R. (2d), pp. 601-632.
- BROWN Douglas, « Fiscal Federalism : The New Equilibrium between Equity and Efficiency », in Herman Bakvis and Grace Skogstad, *Canadian Federalism : Performance, Effectiveness and Legitimacy*, Toronto, Oxford University Press, 2002, pp. 59 à 85.
- BRUN Henri, « L'évolution récente de quelques principes généraux régissant le partage des compétences entre le fédéral et les provinces », *Congrès annuel du Barreau du Québec*, 1992, Québec, 11-13 juin 1992, service de la formation du Barreau du Québec.
- BURGESS Michael, « Federalism and Federation : A Reappraisal », *Comparative Federalism and Federation*, University of Toronto Press, 1998, pp. 3-14.
- CAMERON Maxwell A. and FALLETI Tulia G., « Federalism and the Subnational Separation of Powers », *Publius : The Journal of Federalism*, Spring 2005, pp. 245-271.
- CAMERON David and SIMEON Richard, « Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism », *Publius*, Vol. 32, No. 2, *The Global Review of Federalism* (Spring, 2002), pp. 92-122.
- CHALTIEL Florence, « La souveraineté vue par l'Union européenne », in MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ Dominique (sous la dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Actes de colloque, Paris, Montchrestien, 2006, pp. 191-202.
- CHEVALIER Jacques, « Le Concept et l'Idée », *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, 830 p.
- CHEVALLIER Jacques, « Souveraineté et droit », in MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ Dominique (sous la dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Actes de colloque, Paris, Montchrestien, 2006, pp. 203-219.
- CHOPIN Thierry, « Fédération et démocratie en Europe », *Commentaires*, Été 1999, vol. 22, n°86, pp. 377-388.
- CHOPIN Thierry, « L'avenir du fédéralisme », *Commentaires*, Hiver 2000-2001, vol. 23, n°92, pp. 833-844.

- CHOPIN Thierry, « Convention, Constitution et fédéralisme. Europe/États-Unis : l'utilité d'une étude comparée », in BEN BARKA Mokhtar et RUIZ Jean-Marie, *État-Unis/Europe. Des modèles en miroir*, Presses Universitaires de Septentrion, 2006, pp. 35-68.
- COHEN Antonin, « « We The People... » L'Europe, les États-Unis et les « États-Unis d'Europe » dans les mobilisations transnationales pour une construction européenne (1943-1953), *États-Unis/ Europe. Des modèles en miroir*, Presses Universitaires de Septentrion, 2006, pp. 21-34.
- CONLAN Tim, « From Cooperative to Opportunistic Federalism : Reflexions on the Half-Century Anniversary of the Commission on Intergovernmental Relations », *Public Administration Review*, 2006, n°5, pp. 663-676.
- CONSTANTINESCO Vlad, « Le principe de subsidiarité ; un passage obligé vers l'Union européenne ? », *Mélanges Jean Boulouis – L'Europe et le droit*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 35-45.
- CONSTANTINESCO, V. Europe fédérale ou fédération d'Etats-nations ? In DEHOUSSE, R. (dir) *Une Constitution pour l'Europe ?* Paris : Presses de Sciences Po, 2002, pp. 112-
- CONSTANTINESCO Vlad et MICHEL Valérie, « Compétences communautaires », *Répertoire de droit communautaire*, 2002, Paris, Dalloz.
- COURCHENE Thomas J., « Glocalization : The Regional/ International Interface », *Canadian Journal of Regional Science*, vol.18, n°1, 1995, pp. 1-20.
- COURRON David, « Pour un renouvellement des approches du concept de fédéralisme. Quelques réflexions pour favoriser l'interdisciplinarité dans les recherches sur le fait fédéral », *Academia Humanities and Social Studies*, Université Nanzan, n°69, mars 1999, pp. 523-557.
- CROISAT Maurice, « Le fédéralisme dans l'Union européenne au regard de l'expérience canadienne », in D'ARCY François et ROUBAN Luc, *De la Vème République à l'Europe*, Presses de la Fondation des Sciences Politiques, Paris, 1996, 388 p.
- CROISAT Maurice, « Le fédéralisme asymétrique : l'expérience canadienne », *Revue Française de droit constitutionnel*, 1999, n°37, pp. 29-47.
- DA COSTA Rogerio, « La fiscalité au Brésil », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, 1^{er} septembre 1999, pp. 449-476.
- DEHOUSSE Renaud, « Réflexions sur la naissance et l'évolution du principe de subsidiarité », in F. Delpérée (sous la dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., 2002, pp. 361-366.
- DELANNOI Gil, « Reconstruire le système budgétaire », *Commentaires*, Automne 2005, vol. 28, n°111, pp. 696-699.

- DELCAMP Alain, « Droit constitutionnel et droit administratif, principe de subsidiarité et décentralisation », *Revue française de droit constitutionnel*, 1995, n°23, pp. 609-624.
- DELCOURT Christine, « Du traité constitutionnel au traité de Lisbonne : quelles évolutions pour les institutions parlementaires? », in *Le traité de Lisbonne reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne ?*, Buxelles, Bruylant, (2009), pp. 75-104.
- DELMARTINO Frank et DESCHOUWER Kris, « Les fondements du fédéralisme », in Centre d'étude du fédéralisme, *Le fédéralisme*, Bruxelles, De Boeck, 1994, pp. 11-34.
- DELORS Jacques, « La subsidiarité – Principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires ? », *Subsidiarité : défi du changement : Actes du colloque*, Institut européen d'administration publique, Maastricht, 21 et 22 mars 1991, pp. 7-19.
- DELSOL Chantal, « L'identité européenne et la question de l'universel », *Commentaires*, Printemps 1995, vol.18, n°69, pp. 27-30.
- DELSOL Chantal, « Souveraineté et subsidiarité ou l'Europe contre Bodin », *The Tocqueville Review*, vol.XIX, n°2, 1998, pp. 49-55.
- DELSOL Chantal, « L'Europe de la subsidiarité : souveraineté ou fédéralisme ? », *Les débats de ResPublica*, 9 mars 2005.
- DEL VECCHIO Giorgio, « La communicabilité du droit et les doctrines de G.-B. Vico », in , *Introduction à l'étude du droit comparé – Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, T.2, Paris, Sirey-L.G.D.J., 1938, pp. 591-601.
- DEROSIER Jean-Philippe, « La dialectique centralisation /décentralisation-Recherche sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *Revue internationale de droit comparé*, 1-2007, pp. 107-140.
- DERRIDA Jacques, « Le souverain bien – ou l'Europe en mal de souveraineté », *Conférence de Strasbourg du 8 juin 2004*, in *Cités*, 2007, n°30, pp. 103-140.
- DERTHICK Martha, « Crossing Threshold : Federalism in the 1960s », *Journal of Policy History*, n°8, 1996, pp. 64 à 80.
- DIAMOND Martin, « The Federalist's View of Federalism », in G.C.S. Benson, *Essays on Federalism*, Claremont, Institute for Studies in Federalism, 1961, pp. 187-192.
- DIBOUT Patrick, « Fiscalité et construction européenne : un paysage contrasté », *Revue des affaires juridiques*, 1995, n°1, pp. 5-19.
- DIJON Xavier, « Itinéraire philosophique vers la source du droit commun », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1-2001, pp. 7-28.

- DINTILHAC Franck, « Subsidiarité », *Répertoire de droit communautaire*, Paris, Dalloz, 1999, p. 3
- DINAN John, « United States of America », in LE ROY Katy and SAUNDERS Cheryl, *A Global Dialogue on Federalism – Legislative, Executive, and Judicial Governance in Federeal Countries*, vol. 3, Montreal & Kingston – London- Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2006, pp. 317 à 343.
- DOLINGER Jacob, « The Influence of American Constitutional Law on the Brazilian Legal System », *American Journal of Compartive Law*, vol.38, n°4, Autumn 1990, pp. 803-837.
- DOSSER Douglas, « Economic Analysis of Fiscal Harmonization », in Carl S. Shoup, *Fiscal Harmonization in Common Markets*, vol.1, N-Y, Columbia University Press, 1967, 1142 p.
- DRIEDGER E.A. Driedger, « The spending power », *Queen's Law Journal*, vol.7, 1981, pp. 124-134.
- DUBOS Olivier, « L'Union européenne est-elle une puissance publique ? », in RAIMBAULT Philippe (sous la dir.), *La puissance publique à l'heure européenne*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 53-68.
- DURAND Claire-Françoise, « La mise en œuvre du principe de subsidiarité », in F. Delpérée (sous la dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., 2002, pp. 367-373.
- DUXBURY Neil, « Books Review », *The American Journal of Legal History*, vol. 35, n°2, April 1991, pp. 228 à 230.
- DU BOIS Pierre, « Le fédéralisme dans tous ses États » introduction, *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, 2003-3, T.35, pp. 305-306.
- DU BOIS Pierre, « La longue marche vers les États-Unis d'Europe », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, 2003-3, T.35, pp. 393-407.
- EATON Kent and DICKOVICK Tyler, « The Politics of Re-Centralization in Argentina and Brazil », *Latin American Research Review*, Vol. 39, No. 1 (2004), pp. 90-122.
- EICHENGREEN Barry and VON HAGEN Jürgen, « Europe's Money and European Institutions - Federalism, Fiscal Restraints, and European Monetary Union », *AEA Papers and Proceedings*, vol.86, n°2, May 1996, pp. 134-138.
- ELAZAR Daniel, « Les objectifs du fédéralisme », *Revue de l'Europe en formation*, n° spécial, 1976, p. 165.
- ELAZAR Daniel, « American Federalism Today : Practice vs Principle » in Robert B. Hawkins Jr, *American Federalism : A New Paternship for Republic*, San Francisco, Institute for Conteporary Studies, 1982, pp. 37-58.

- ELAZAR Daniel, « Opening the Third Century of American Federalism : Issues and Prospects », *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 509, May 1990, pp. 11-21.
- ELAZAR Daniel J., « From Statism to Federalism : A Paradigm Shift », *Publius : The Journal of Federalism*, 25 (2), 1995, pp. 5-18.
- ELAZAR Daniel J., « Diversité religieuse et fédéralisme », *Revue internationale des sciences sociales*, 2001, n°1, pp. 65-69.
- ELIE Jérôme, « Le fédéralisme américain à l'aube du XXI^{ème} siècle », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, 2003-3, T.35, pp. 409-428.
- EWALD W., « The Jurisprudential Approach to comparative Law : A Field Guide to 'Rats' », *AJCL*, 1998, pp. 701-707.
- ESCOBAR LEMMON Maria, « Fiscal Decentralization and Federalism in Latin America », *Publius : The Journal of Federalism*, 31 :4, Fall 2001, pp. 23-41.
- FAVOREU Louis, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *AJIC*, vol. 4, 1988, pp. 51-66.
- FELDMAN Jean-Philippe, « La conception américaine de la souveraineté », in MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ Dominique, *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, pp. 83-99.
- FERRAZ DA CUNHA Anna Cândida, « Poder Constituinte do Estado-membro », *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1979, pp. 7-49.
- FERRAZ JÚNIOR Tércio Sampaio, « Normas gerais e competência concorrente : uma exegese do art. 24 da Constituição Federal », *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 90 (Jan.-Dez.1995), pp. 245-251.
- FLEISCHER David, « Book Review », *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 1998, vol.40, 4, pp. 145-146.
- FORSYTH Murray, « Vers un concept nouveau de confédération », in Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le concept contemporain de confédération*, Editions du Conseil de l'Europe, 1995.
- FREMONT Jacques, « La face cachée de l'évolution contemporaine du fédéralisme canadien », in Gérald-A. Beaudoin et J.E. Magnet, *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, pp. 45 à 56.
- GARCÍA RUIZ J. Luis et GIRÓN REGUERA Emilia, « La financiación autonómica : ¿ Competencia constitucional o estatutaria ? », *Revista española de derecho constitucional*, sept.-dec. 2005, n°75, pp. 33-58.
- GIBBINS Roger, « Democratic Reservations about the ACCESS Models », *Assessing ACCESS : Towards a New Social Union - Proceedings of the Symposium of*

the Courchene Proposal, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1997, pp. 41-44.

- GISCARD D'ESTAING Valéry, « Pour une démocratie fédérative », *Commentaires*, Été 1998, vol.21, n°82, pp. 535-538.

- GLENN H. Patrick, « Vers un droit comparé intégré ? », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4-1999, pp. 841-852.

- GLENN H. Patrick, « Comparative Law and Legal Practice : On Removing the Borders », *Tulane Law Review*, vol.75, 2001, pp. 977-1002.

- GLENN H. Patrick, "Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions" (2005) 50, *McGill Law Journal*, pp. 863-898.

- GLUCK MEZEY Susan, « The U.S. Supreme Court's Federalism Jurisprudence: Alden v. Maine and the Enhancement of State Sovereignty », *Publius : The Journal of Federalism*, vol. 30, n°1, winter 2000, pp. 21-38.

- GOLDSWORTHY Jeffrey, « The Debate About Sovereignty in the United States : A Historical and Comparative Prespective », in WALKER Neil, *Sovereignty in Transition*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 423-446.

- GONÇALVES FERREIRA FILHO Manoel, « O Estado Federal brasileiro à luz da Constituição de 1988 », *Revista da faculdade de direito*, Universidade de São Paulo, 1991, vol.86, pp. 116-129.

- GONÇALVES FERREIRA FILHO Manoel, « Fundamental aspects of the 1988 constitution », *A Panorama of Brazilian Law*, Lynne Rienner, University of Miami, 1992, pp. 11-25.

- GONÇALVES FERREIRA FILHO Manoel, « Aspectos Fundamentais da Constituição de 1988 », *Revista da faculdade de direito*, Universidade de São Paulo, 1993, vol.88, pp. 397-420.

- GROSSWALD CURRAN Vivian, « Dealing in Difference : Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspective », *American Journal of Comparative Law*, n°46, 1998, pp. 657-668.

- GUERRA MARTINS Ana Maria, « Vers une constitution post-nationale – fédérale, confédérale ou vraiment *sui generis* ? », *Revue européenne de droit public*, vol.16, n°1, printemps 2004, pp. 39-73.

- GUILLIEN Raymond, « Y a-t-il abus de la notion de fédéralisme ? », *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel*, Paris, Sirey, 1961, pp. 283-297.

- HACKBART Merl, « Les fluctuations du fédéralisme fiscal aux États-Unis », in BLINDENBACHER Raul et OSTIEN KAROS Abigail, *Dialogues sur la pratique du fédéralisme fiscal : perspectives comparatives*, Ottawa, Forum of Federations and International Association of Centers for Federal Studies, 2007, pp. 45-48.

- HOEFLICH M. H., « John Austin and Joseph Story: Two Nineteenth Century Perspectives on the Utility of the Civil Law for the Common Lawyer », *The American Journal of Legal History*, 1985, vol. 29, n°1, pp. 36-77.
- HOEFLICH M. H., « Transatlantic Friendships & the German Influence on American Law in the First Half of the Nineteenth Century », *American Journal of Comparative Law*, 1987, vol.35, n°3, pp. 599-611.
- HOEFLICH M. H., « Translation & the Reception of Foreign Law in the Antebellum United States », *The American Journal of Comparative Law*, 2002, vol.50, pp. 753-775.
- HORTA-ANDRADE-RIGHI Simone, « Le droit fiscal », in Domingos Paiva de Almeida, *Introduction au droit brésilien*, Paris, L'Harmattan, 2006, pp. 199-223.
- HUEGLIN Thomas O., « From Constitutional to Treaty Federalism : A Comparative Perspective », *The Journal of Federalism*, 30 :4, Fall 2000, pp. 137-153.
- HUEGLIN Thomas O., « Canada », in LE ROY Katy and SAUNDERS Cheryl, *A Global Dialogue on Federalism – Legislative, Executive, and Judicial Governance in Federal Countries*, vol. 3, Montreal & Kingston – London- Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2006, pp. 102-134.
- JACKSON Robert, « Sovereignty in World Politics : a Glance at the Conceptual and Historical Landscape », *Sovereignty at the Millenium*, Special Issue, 1999, (47), *Political Studies*, pp. 431-456.
- JALUZOT Béatrice, « Méthodologie du droit comparé – Bilan et perspectives », *Revue internationale de droit comparé*, 2005 n°1, pp. 29-48.
- JAMIN Christophe, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, vol.52, n°4, p. 733-751.
- JAN Pascal, « La réforme budgétaire et fiscale au cœur de la réforme de l'État », *Revue de droit public*, 2006, n° 1, pp. 25-29.
- KATZ Ellis, « United States of America », in MAJEED Akhtar, WATTS Ronald L. and BROWN Douglas M., *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol.2, McGill – Queen's University Press, 2006, pp. 291-321.
- KATZ Ellis, « The US Supreme Court in the Integration of American Federalism », *Fédéralisme et Cours Suprêmes/Federalism and Supreme Courts*, Edmon Orban, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1991, pp. 35-58.
- KEATING Michael, « Sovereignty and Plurinational Democracy : Problems in Political Science », in WALKER Neil, *Sovereignty in Transition*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 191-208.

- KINCAID John, « From Cooperative to Coercive Federalism », *Annals of The American Academy of Political and Social Science*, 509, May 1990, pp. 139-152.
- KNOPFF Rainer et SAYERS Anthony, « Canada », in KINCAID John and TARR G. Alan, *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Montréal & Kingston, McGill – Queen’s University Press, 2005, pp. 104-142.
- KOOPMANS Thijmen, « The Birth of European Law At The CrossRoad of Legal Traditions », *The American Journal of Comparative Law*, 1991, vol.39, pp. 493-507.
- LANGROD Georges, « Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique », *Revue internationale de droit comparé*, vol.9, n°2, avril-juin 1957, pp. 353-369.
- LAQUIEZE Alain, « La critique de la souveraineté par les libéraux anglo-saxons », in MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ Dominique (sous la dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Actes de colloque, Paris, Montchrestien, 2006, pp. 173-189.
- LAQUIEZE Alain, « Pour une histoire de l’idée d’États-Unis d’Europe », *Droits*, n°45, 2007, pp. 15-33.
- LARSEN Clifford, « States Federal, Financial, Sovereign and Social. A Critical Inquiry into an Alternative to American Financial Federalism », *American Journal of Comparative Law*, vol.47, 1999, pp. 429-488.
- LASLOVICH Mickaël J., « The American Tradition : Federalism in the US », in Michael Burgess and Alain-G. Gagnon, *Comparative Federalism and Federation*, University of Toronto Press, 1993, pp. 187-202.
- LEGRAND Pierre, « The Impossibility of “Legal Transplant” », 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, pp. 111-124.
- LENAERTS Koen et GUTMAN Kathleen, « Federal Common Law in the European Union : A Comparative Perspective from the United States », *The American Journal of comparative Law*, University of Michigan, winter 2006, vol.54, n°1, pp. 1-121.
- LENAERTS Koen et YPERSELE Patrick (van), « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l’article 3 B du traité CE », *Cahiers de droit européen*, 1994 (n°1-2), pp. 3-83.
- LENAERTS Koen, « Constitutionalism and the Many Faces of Federalism », *The American Journal of Comparative Law*, 1990, vol.38, pp. 205-263.
- LENAERTS Koen, « Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law », *International and Comparative Law Quarterly*, Oct. 2003, vol. 52, pp. 873-906.
- LINDHAL Hans, « Sovereignty and Representation in the European Union », in WALKER Neil, *Sovereignty in Transition*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 87-114.

- LOWI Théodore J., « Europeanization of America ? From United States to United State », *Nationalizing Government*, éd. London, Sage Publications, 1978, pp. 15-33.
- LYRA TAVARES Ana Lucia (de), « La constitution brésilienne de 1988 : données à l'intention des comparatistes », in WALD Arnaldo et JAUFRET-SPINOSI Camille, *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Paris, Société de législation comparée, 2005, pp. 327-351.
- LYSIK K. M., « Reshaping Canadian Federalism », *U.B.C. Law Review*, 13, 1979, pp. 1-37.
- LA LOYERE Georges (de), « Reconstruire le système budgétaire », *Commentaires*, Automne 2005, vol.28, n°111, pp. 696-699.
- MACCORMICK Neil, « Democracy, Subsidiarity and Citizenship in the "European Commonwealth" », *Law and Philosophy*, 1997, 16, pp. 331-356.
- MACHADO HORTA Raul, « Tendências do federalismo brasileiro », *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n°28, janeiro de 1970, pp. 9-45.
- MACHADO HORTA Raul, « Reconstrução do Federalismo Brasileiro », *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Janeiro de 1982, n°54, pp. 57-80.
- MACHADO HORTA Raul, « O Estado-membro na Constituição Federal Brasileira », *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n°69/70, julho de 1989/janeiro de 1970, pp. 61-89.
- MANCIAUX Hélène, « De l'origine du principe de sincérité des lois de finances et des lois de financement de la sécurité sociale », *Revue de droit public*, n°4-2005, pp. 981-989.
- MARC Alexandre, *De la méthodologie à la dialectique*, Paris, Presses d'Europe, 1970, 112 p.
- MARTIN J.P., « Les rapports entre la fiscalité fédérale et les systèmes d'impôts fédérés », *Revue de science et de législation financière*, XLII, a. 42, 1950, 4, pp. 551-573.
- MARX Karl, *Le Capital*, Paris, Guillaumin, 1894.
- MARX Karl et ENGELS Friedrich, *Etudes philosophiques*, Paris, Editions sociales internationales, 1935, 192 p.
- MAURICE Marc, "Méthode comparative et analyse sociétale. Les implications théoriques des comparaisons internationales", *Sociologie du travail*, vol 2, 1989, pp. 175-191.
- MAZERES Jean-Arnaud, « Qu'est-ce que la puissance publique ? », in RAIMBAULT Philippe (sous la dir.), *La puissance publique à l'heure européenne*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 9-35.

- MCCORMICK Peter, « The Supreme Court of Canada and American Citations 1945-1994 : A Statistical Overview », *Supreme Court Law Review*, 1997, vol.8, pp. 527-533.
- MERRIAM Charles Edward, *A History of the Theory of Sovereignty Since Rousseau*, 1900, New York, Columbia University Press, 232 p.
- MISHKIN Paul J., « Autonomy of Decentralized Units in the United States of America », Association internationale de droit constitutionnel, *Conférence régionale Morat Suisse, Federalism and Decentralisation – Constitutional Problems of Territorial Decentralisation in Federal and Centralized States*, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1987, pp. 241-248.
- MONTERO Alfred P., « After Decentralization: Patterns of Intergovernmental Conflict in Argentina, Brazil, Spain, and Mexico », *Publius*, Vol. 31, No. 4 (Autumn, 2001), pp. 43-64.
- MONATERI Pier Giuseppe, « The “weak” Law : Contamination and Legal Culture », *Global Jurist Advances*, 2001, vol.1, Issue 3, art. 5.
- MOORE Wayne D., « Reconceiving Interpretative Autonomy : Insights From the Virginia and Kentucky Resolutions », *Constitutionnal Commentary*, 1994, 11, pp. 315-359.
- MOUSOURAKIS George, « Toward a Comparative Theory of Legal Change », *Kansai University Review L. & P.*, march 2006, n°27, pp. 53-68.
- NETTL J. P., « The State as a Conceptual Variable », *World Politics*, Vol. 20, No. 4, 1968 (July), pp. 559-592.
- NOËL Alain, “How Do You Limit A Power That Does Not Exist?”, *Queen’s Law Journal*, 2008-2009, 34, pp. 391-412.
- OATES Wallace E., « Assignment of Responsibilities and Fiscal Federalism », in BLINDENBACHER Raul et KOLLER Arnold, *Fédéralisme in a Changing World – Learning from Each Other*, Mc Gill-Queen’s University Press, Montréal & Kingston-London-Ithaca, 2002, pp. 39-50.
- OLIVEIRA (de) BARACHO José Alfredo, « Teoria Geral da Soberania », *Revista Brasileira de Estudos Politicos*, Julho de 1986-Janeiro de 1987, n°63/64, pp. 7-138.
- OTIS Ghislain, « La justice constitutionnelle au Canada à l’approche de l’an 2000 : uniformisation ou construction plurielle du droit ? », *Ottawa Law Review*, 28, 1996, pp. 261-279.
- PAILLARD Jacques, “Le corps situé et le corps identifié”, *Revue Médicale Suisse Romande*, 100, 1980, Université d’Aix-Marseille II CNRS, pp. 129-141.
- PARIENTE Alain, « La démarche de performance issue de la LOLF : quelles perspectives ? », *Revue de droit public*, 2006, n°1, pp. 37-41.

- PEE RIO DE JANEIRO, « La réforme fiscale brésilienne », *Cahier juridique et fiscaux de l'exportation*, 1^{er} avril 1997, n°2, pp. 452-458.
- PEROBELLI Fernando et Marcelo PIANCASTELLI, « ICMS : Evolução Recente e Guerra Fiscal », *Texto Para Discussão n°402*, Brasília, IPEA, 1996, pp. 7-53.
- PETERSMANN Ernst-Ulrich, « From State Sovereignty to the “Sovereignty of Citizens” in the International Relations Law of the EU ? », in WALKER Neil, *Sovereignty in Transition*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 145-165.
- PIANCASTELLI Marcelo, « The Federal Republic of Brazil », in Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol.2, McGill – Queen’s University Press, 2006, pp. 66-90.
- PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Généalogie de la participation de tous aux affaires communes », *Revue de droit public*, 1^{er} janvier 2009, n°1, pp. 151-170.
- PIMENTEL DINIZ DE SOUZA Adalberto, « A mecânica do federalismo », *Revista de informação legislativa*, v.42, n° 165, , jan./mar. 2005, pp. 169-176.
- PINON Stéphane, « Boris Mirkine-Guetzevitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits*, 2007, n°46, pp. 183-212.
- PONTIER Jean-Marie, « La subsidiarité en droit administratif », *Revue de droit public*, 1986, n°4, pp. 1515-1537.
- PONTTHOREAU Marie-Claire, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 1-2005, pp. 7-27.
- POPOVICI Adrian, « Droit comparé et enseignement du droit. Aperçu de l’enseignement, au Québec, du droit comparé et de l’enseignement comparatif du droit », *Revue juridique Themis*, 2002, 36, 803, pp. 803-811.
- QUIVIGER Pierre-Yves, « Derrida : de la philosophie au droit », *Cités*, 2007, n°30, pp. 41-52.
- RAMBOUR Muriel, « Analyse comparée du débat sur la structure politique future de l’Europe : vers une « Fédération d’États-Nations ? », *Revue internationale de politique comparée*, 2003, vol.10, n°1, pp. 51-61.
- RENDERS David, « La subsidiarité au regard de la pratique des validations législatives », in Francis Delpérée (sous la dir.), *Le principe de subsidiarité*, Paris, Bruylant, LGDJ, 2002, pp. 285-289.
- REZENDE Fernando, « Brésil : préserver la discipline budgétaire malgré les antagonismes régionaux et sociaux », in BLINDENBACHER Raul et OSTIEN KAROS Abigail, *Dialogues sur la pratique du fédéralisme fiscal : perspectives comparatives*, Ottawa, Forum of Federations and International Association of Centers for Federal Studies, 2007, pp. 7-10.

- RIVERO Jean, « Introduction à une étude de l'évolution des sociétés fédérales », *Bulletin U.N.E.S.C.O.*, 1952, vol. IV, n°1, pp. 5-42.
- ROBLOT-TROIZIER Agnès, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs – La revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°143, pp. 89-103.
- ROCHER François et ROUILLARD Christian, « Décentralisation, subsidiarité et néo-libéralisme au Canada : lorsque l'arbre cache la forêt », *Canadian Public Policy*, vol.24, n°2, 1998, pp. 233-258.
- ROSEN Keith S., « Brazil's New Constitution : An Exercise in Transcient Constitutionnalism for a Transnational Society », *American Journal of Comparative Law*, vol.38, n°4, Autumn 90, pp. 773-802.
- RUEDA Frédérique, « Les “études de législation comparée” des assemblées parlementaires françaises : une utilisation pédagogique du droit comparé dans le travail législatif ? », in HECQUART-THERON Maryvonne et RAIMBAULT Philippe, *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 – L.G.D.J., Toulouse, 2010, pp. 391-401.
- RUIZ Jean-Marie, « Le défi fédéraliste : les problématiques communes aux pères fondateurs des États-Unis et aux partisans d'une fédération d'États-nations européenne », *États-Unis/ Europe. Des modèles en miroir*, Presses Universitaires de Septentrion, 2006, pp. 35-68.
- SACCO Rodolfo, « Legal Formants : A Dynamic Approach To Comparative Law », *The American Journal of Comparative Law*, 1991, n°39, pp. 1-34.
- SACCO Rodolfo, « Diversity and Uniformity in the Law », *The American Journal of Comparative Law*, vol.49, 2001, pp. 171-189.
- SALEILLES Raymond, « Le droit commercial comparé - Contribution à l'étude des méthodes juridiques, A propos d'un livre de M. A. Sraffa », *Annales de droit commercial*, 5^{ème} année, 1891.
- SAMUELS David and ABRUCIO Fernando L., « Federalism and Democratic Transition : The 'New' Politics of the Governors in Brazil », *Publius : The Journal of Federalism*, 30 (Spring 2000), pp. 43-61.
- SAUNDERS Cheryl, « Legislative, Executive, and Judicial Institutions : A Synthesis », in LE ROY Katy and SAUNDERS Cheryl, *A Global Dialogue on Federalism – Legislative, Executive, and Judicial Governance in Federeal Countries*, vol. 3, Montreal & Kingston – London- Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2006, pp. 344 à 384.
- SCHARPF F., « The Joint Decision Trap : Lessons from German Federalism and European Integration », *Public Administration*, vol.66, automne 1988, pp. 238-278.
- SEABRA FAGUNDES M., « A expansão dos podêres federais », *Revista brasileira de estudos políticos*, n°28, janeiro de 1970, pp. 61-75.

- SEFTON-GREEN Ruth, « Compare and Contrast : Monstre à deux têtes », *Revue Internationale de droit comparé*, 1-2002, pp. 85-95.
- SELCHER Wayne A., « The Politics of Decentralized Federalism, National Diversification and Regionalism in Brazil », *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 40 :4, winter 1998, pp. 225-50.
- SHAH Anwar, « Quelques réflexions comparatives quant aux nouveaux défis posés au fédéralisme fiscal », in BLINDENBACHER Raul et OSTIEN KAROS Abigail, *Dialogues sur la pratique du fédéralisme fiscal : perspectives comparatives*, Ottawa, Forum of Federations and International Association of Centers for Federal Studies, 2007, pp. 49-55.
- SHEN Zongling, « Legal Transplant and comparative Law », *Revue internationale de droit comparé*, 1999, n°4, pp. 853-857.
- SIMEON Richard and PAPILLON Martin, « Canada », in MAJEED Akhtar, WATTS Ronald L. and BROWN Douglas M., *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol.2, McGill – Queen’s University Press, 2006, p. 92-122.
- SINGER Philippe, « L’importance de la recherche comparative pour la justice communautaire », *JurisClasseur- JDI*, avril-mai-juin 2007.
- SØRENSEN Georg, « Sovereignty : Change and Continuity in a Fundamental Institution », *Political Studies*, Special Issue, 1999, (47), pp. 590-604.
- SOUZA Celina, « Federal Republic of Brazil », in KINCAID John and TARR Alan, *A Global Dialogue on Federalism - Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Montréal & Kingston, McGill – Queen’s University Press, 2005, pp. 77-102.
- STECKEL-ASSOUERE Marie-Christine, in CANET (R.), DUCHASTEL J. (dir.), *La nation en débat. Entre modernité et post-modernité*, Outremont, Athéna éditions, 2003, 192 p., in *Études internationales*, 2004, n° 1, pp. 174-176.
- STECKEL-ASSOUERE Marie-Christine, in DUCHASTEL J. (dir.), *Fédéralismes et mondialisation, L’avenir de la démocratie et de la citoyenneté*, Outremont, Athéna éditions, 2003, 304 p., in *Études internationales*, 2004, n° 1, pp. 207-209.
- STROZZI Girolamo , « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l’intégration européenne : une énigme et beaucoup d’attentes », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1994, n°3, pp. 973-390.
- TARR George Alan, « United States of America », in KINCAID John and TARR G. Alan, *A Global Dialogue on Federalism - Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, vol.1, Montréal & Kingston, McGill – Queen’s University Press, 2005, pp. 382-408.

- TORCOL Sylvie, « Le Huron à la recherche de l'“État européen” », *Politeia*, n°12, 2007, pp. 305-321.
- TROPER Michel, « La souveraineté comme principe d'imputation », in MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ Dominique, *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, pp. 69-80.
- TUPIASSU Lise, « Le droit constitutionnel : les institutions politiques », in Domingos Paiva de Almeida, *Introduction au droit brésilien*, in Paris, L'Harmattan, 2006, pp. 15-46.
- TUSSEAU Guillaume, « Sur une technique de fédéralisme coopératif : les délégations interparlementaires au Canada », *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, 1028 p.
- ULHOA CANTO, Gilberto. "O Sistema Tributário Nacional", in CRETELLA JÚNIOR, José e outros, *A Constituição brasileira de 1988, Interpretações*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988, p. 305-310.
- VEDEL Georges, in *La Constitution et l'Europe*, journée d'étude du 25 mars 1992 organisée au Sénat, Paris, Montchrestien, 1992.
- VERDIER Marie-France, « Les formes d'État aujourd'hui », *Politeia*, n°12, 2007, éditorial, pp. 43-49.
- VILE M. J. C., « Federal Theory and the “New Federalism” », in Dean Jaensch, *The Politics of New Federalism*, Adelaide, Australian Political Studies Association, 1977, pp. 1-14.
- WALKER Neil, « Late Sovereignty in the European Union », in WALKER Neil (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 3-32.
- WATHELET Melchior, « Propos liminaires », in Francis Delpérée (sous la dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 2002, pp. 17-20.
- WATSON Alan, « Legal Transplants and European Private Law », vol 4.4 *Electronic Journal of Comparative Law*, December 2000, <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>.
- WATTS Ronald L., « Executive Federalism : The Comparative Context », in SHUGARMAN David P. and WHITAKER Reg, *Federalism and Political Community – Essays in Honor of Donald Smiley*, Peterborough Ontario, Broadview Press, 1989, pp. 439-455.
- WATTS Ronald L., « Les principales tendances du fédéralisme au XX^{ème} siècle », *Revue internationale de politique comparée*, 2003, vol.10, n°1, pp. 11-18.
- WATTS Ronald L., « Comparative Conclusions », in MAJEED Akhtar, L. WATTS Ronald and BROWN Douglas M., *A Global Dialogue on Federalism – Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol.2, McGill – Queen's University Press, 2006, pp. 322-349.

- WAYNE BAKER J., « Faces of Federalism: From Bullinger to Jefferson », *Publius Oxford journals.org*, Fall 2000, pp. 25-42.
- WESCHLER Herbert, « The Political Safeguards of Federalism : The Role of the States in the Composition and Selection in the National Government », *Columbia Law Review*, 54, 1954, pp. 543-560.
- WIEGAND Wolfgang, « The Reception of American Law in Europe », *The American Journal of Comparative Law*, 1991, vol.39, pp. 229-248.
- WROBLEWSKI Jerzy, « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et société* ; 1988, n°8, pp. 13-26.
- WYLER Marcus, « The Development of the Brazilian Constitution (1891-1946) », *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 31, No. 3/4 (1949), pp. 53-60.
- ZAMPINI Florence, « Compte rendu », *RTD eur.* sur : HERINGA (A.W.), KIIVER (Ph.). – *Constitutions Compared. An Introduction to Comparative Constitutional Law*, 3rd ed., Bruxelles, Intersentia, 2012. – 364 p.
- ZARKA Yves-Charles, « Editorial – Le souverain vorace et vociférant », *Cités*, 2007, n°30.
- Elizabeth ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *RCADI*, Vol. 294, 2002, pp. 39-166.
- ZWEIGERT Konrad, « Des solutions juridiques par des voies différentes – Quelques observations en matière de droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol.18, n°1, 1966, pp. 5-18.

Jurisprudence

Comité judiciaire du Conseil privé, Cour suprême canadienne et Cours d'appel

- Comité judiciaire du Conseil privé, *Citizens Insurance Co. c. Parsons*, (1881) 7 A.C. 96.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *Russel c. La Reine*, (1882) 7 A.C. 829.
- Comité judiciaire du Conseil Privé, *A.-G. Ontario v. Mercer*, (1883) 8 A.C. 767.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *Hodge c. La Reine*, (1883-84), 9 A.C. 117.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *A.G. for Quebec c. Reed*, (1884-1885), 10 A.C. 141.

- Comité judiciaire du Conseil privé, *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick* (1892) A. C. 437.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *Tennant c. Union Bank of Canada*, (1894) A.C. 31.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *Affaire des cessions volontaires*, (1894) A.C. 189.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *Affaire de la prohibition locale*, (1896), A.C. 348.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *A.G. for Canada c. A.G. for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, (1898) A.C. 700.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *Union Colliery Co of B.C. Ltd c. Bryden*, (1899) A. C. 580.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *Renvoi sur le mariage*, (1912) A.C. 880.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *Bonanza Creek Gold Mining Co. c. le Roi*. (1916) 1 A.C. 566.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *In re the Initiative and Referendum Act* (1919) A.C. 935.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *Fort Frances Pulp and Power Co c. Manitoba Free Press Co.*, (1923), A.C. 695.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *Attorney General of British Columbia v. Attorney General of Canada*, (1924), A.C. 222.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *Caron c. La Reine*, (1924), A.C. 999.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, (1925) A.C. 396.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *City of Halifax c. Estate of Fairbanks*, (1928) A.C. 117.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *R. c. Caledonian Collieries Ltd.*, (1928) A.C. 358.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *A.G. for British Columbia c. McDonald Murphy Lumber Co. Ltd.*, (1930) A.C. 357.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *A.G. Canada c. A.G. British Columbia*, (1930) A.C. 111.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *Reine c. Kerr*, (1934) R.C.S. 72.

- Comité judiciaire du Conseil privé, *A.G. for British Columbia c. Kingcome Navigation Co. Ltd.*, (1934) A.C. 45.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *Avis sur les conventions de travail*, (1937) A.C. 326.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *A.-G. Canada c. A.-G. Ontario*, (1937) A.C. 355.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *In re Adoption Act*, (1938) R.C.S. 398.
- Comité judiciaire du Conseil privé, *Atlantic Smoke Shops Ltd. c. Conlon*, (1943) A.C. 550.
- Cour suprême, *International Harvester Co. c. Provincial Tax Commission*, (1949) A.C. 36.
- Cour d'appel Ontario, *Central Mortgage Housing Corp. c. Co-operative College Residences Inc.*, (1975) 71 D.L.R. (3d) 183.
- Cour suprême, *Avis sur la loi anti-inflation*, (1976) 2 R.C.S. 373.
- Cour suprême, *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, (1977) 2 R.C.S. 134.
- Cour suprême, *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific*, (1977) 2 R.C.S. 1054.
- Cour suprême, *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, (1977), 2 R.C.S. 654.
- Cour suprême, *Avis sur la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, (1978) 2 R.C.S. 1198.
- Cour suprême, *R. c. Zelinski*, (1978) 2 R.C.S. 940.
- Cour suprême, *P.G. Canada et Dupont c. Ville de Montréal*, (1978) 2 R.C.S. 770.
- Cour suprême, *P.G. Québec c. Kellogg's Co of Canada*, (1978) 2 R.C.S. 211.
- Cour suprême, *Capital Cities Communications c. C.R.T.C.*, (1978) 2 R.C.S. 141.
- Cour suprême, *Alworth c. Ministre des Finances*, (1978), 1 R.C.S. 447.
- Cour suprême, *Canadian Industrial Gas Co. C. Gouvernement de la Saskatchewan*, (1978) 2 R.C.S. 545.
- Cour suprême, *Avis sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre Haute*, (1980) 1 R.C.S. 54.
- Cour suprême, *Covert c. Nouvelle-Ecosse (Ministre des Finances)*, (1980) 2 R.C.S. 774.

- Cour suprême, *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, (1981) 1 R.C.S. 753.
- Cour suprême, *P.G. Québec c. Blaikie*, (1981) 1 R.C.S. 312.
- Cour suprême, *Renvoi sur le rapatriement de 1981*, (1981), 1 R.C.S. 753.
- Cour suprême, *P.G. Canada c. Transports Nationaux du Canada Ltée*, (1983) 2 R.C.S. 206.
- Cour suprême, *Dunbar c. A.-G. Saskatchewan*, (1984) 11 D.L.R. (4th) 374.
- Cour suprême, *Scowby c. Glendinning*, (1986) 2 R.C.S. 226.
- Cour suprême, *S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général)*, (1987) 2 R.C.S. 2.
- Cour suprême, *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, (1988) 2 R.C.S. 680.
- Cour suprême, *R. c. Zellerbach Canada Ltd.*, (1988), 1 R.C.S. 401.
- Cour suprême, *General Motors of Canada c. City National Leasing*, (1989) 1 R.C.S. 641.
- Cour suprême, *Air Canada c. Colombie-Britannique*, (1989) 1 R.C.S. 1161.
- Cour suprême, *Y.M.H.A. Jewish Community Center of Winnipeg Inc. c. Brown*, (1989) 1 R.C.S. 1532.
- Cour suprême, *Quebec Ready Mix Inc. c. Rocois Construction Inc.*, (1989) 1 R.C.S. 695.
- Cour suprême, *Banque de Montréal c. Hall*, (1990) 1 R.C.S. 121.
- Cour suprême, *Renvoi relatif au régime d'assistance du Canada*, (1991), 2 R.C.S. 342.
- Cour d'appel Québec, *Ville de Beaconsfield c. Bourbonnière*, (1995), R.J.Q. 1997.
- Cour suprême, *Lovelace c. Ontario*, (2000) 1 R.C.S. 950.
- Cour suprême, *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, (2001) 2 R.C.S. 241, 2001 C.S.C. 40.
- Cour suprême, *Ontario English Catholic Teacher's Assn. C. Ontario (Procureur général)*, (2001) 1 R.C.S. 470.
- Cour suprême, *Nutribec Ltée c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, (2004) 1 R.C.S. 824.
- Cour d'appel Ontario, *Canada Mortgage and Housing Corp. c. Iness*, (2004) 236 D.L.R. (4th) 241.

- Cour suprême, *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, (2005) 1 R.C.S. 292.
- Cour suprême, *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.) art. 22 et 23*, (2005) 2 R.C.S. 669.
- Cour suprême, *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, (2007) 2 R.C.S. 3.
- Cour suprême, *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Assn.*, (2010) 2010 CSC 39, 2 R.C.S. 536.
- Cour suprême, *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, (2010) C.S.C. No. 61, (2010) 3 R.C.S. 457.

Cour suprême étasunienne

- Cour suprême, *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. 419 (1793).
- Cour suprême, *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87 (1810).
- Cour suprême, *Dartmouth College v. Woodward*, 7 U.S. 518 (1819).
- Cour suprême, *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. 304 (1816).
- Cour suprême, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).
- Cour suprême, *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824).
- Cour suprême, *Bank of Augusta v. Earle*, 38 U.S. 519 (1839).
- Cour suprême, *Veazie v. Williams*, 49 U.S. 134 (1850).
- Cour suprême, *Pennock v. Coe*, 64 U.S. 117 (1860).
- Cour suprême, *Claflin v. Housemann*, 93 U.S. 130 (1876).
- Cour suprême, *Virginia v. Tennessee*, 148 U.S. 503 (1893).
- Cour suprême, *United States v. E.C. Knight Company*, 156 U.S. 1 (1895).
- Cour suprême, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
- Cour suprême, *Massachusetts v. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923).
- Cour suprême, *Carter v. Carter Coal Company*, 296 U.S. 238 (1936).
- Cour suprême, *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936).

- Cour suprême, *National Labor Relations Board v. Jones and Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. 1 (1937).
- Cour suprême, *Steward Machine Company v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937).
- Cour suprême, *United States v. Darby Lumber Co.*, 312 U.S. 100 609 (1941).
- Cour suprême, *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942).
- Cour suprême, *Maryland v. Wirtz*, 392 U. S. 183 (1968).
- Cour suprême, *National League of Cities v. W J Usery California*, 426 US 833 (1976)
- Cour suprême, *EEOC v. Wyoming*, 460 U.S. 226 (1983).
- Cour suprême, *Garcia v. San Antonio Metro Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985).
- Cour suprême, *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).
- Cour suprême, *Seminole Tribe of Florida v. Florida* 517 U.S. 44 (1996).
- Cour suprême, *Printz v. United States*, 521 U.S. 98 (1997).
- Cour suprême, *Federal Maritime Commission v. South Carolina State Ports Authority, II*, 535 U.S. 743 (2002).

Jurisprudences françaises

- Conseil d'État, Assemblée, 30 octobre 1998, *M. Sarran, Levacher et autres*.
- Conseil constitutionnel, décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004.

Jurisprudences européennes

- C.J.C.E., 21 juin 1958, *Hauts fourneaux et aciéries belges c/Haute autorité*, affaire 8/57, Rec. 1958, p. 225.
- C.J.C.E., 15 juillet 1960, *Italie c/ Haute Autorité* , affaire 20/59, Rec. 1960 p. 663.
- C.J.C.E., 23 février 1961, *De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c/ Haute Autorité*, affaire 30/59, Rec. 1961 p. 3.
- C.J.C.E., 15 septembre 1981, *Lord Bruce of Donnington*, affaire 208-80, Rec. 1981 p. 2205.
- C.J.C.E., 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, affaire 205/82 à 215/82, Rec. 1983 p. 2633.

- C.J.C.E., 22 mai 1985, *Parlement européen c/ Conseil des Communautés européennes*, affaire 13/83, Rec. 1985 p. 1513.
- C.J.C.E., 26 mars 1987, *Commission c/ Conseil*, affaire 45/86, Rec. 1987 p. 1493.
- C.J.C.E., 10 juillet 1997, *Palmisani*, affaire C-261/95, Rec. 1997 I-04025.
- C.J.C.E., 3 mai 2005, *Procédures pénales c. Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e.a*, affaires jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Rec. 2005 I-03565.
- C.J.C.E., 22 décembre 2008, *Commission des Communautés européennes / Royaume d'Espagne*, affaire C-189/07, Rec. 2008 I-00195.

Traité et protocoles

- *Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier* (1951).
- *Traité instituant la Communauté Européenne de l'Énergie Atomique* (EURATOM)
- *Traité instituant la Communauté économique européenne* (1957)
- *Version consolidée du Traité sur l'Union européenne*, Journal officiel de l'Union européenne, C 115, du 9 mai 2008.
- *Version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne*, Journal officiel, C 325 du 24 décembre 2002.
- *Projet de Traité sur l'Union* (document de référence de la présidence luxembourgeoise), Conférence des représentants des gouvernements des États membres - Union politique - Union économique et monétaire, CONF-UP-UEM 2008/91.
- *Projet de traité instituant l'Union européenne* du 14 février 1984
- *Traité de Lisbonne*
- *American Declaration of Independence*, 4th of July, 1776.
- Protocole (n° 30) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, *Journal officiel des Communautés européennes*, 10.11.1997, n° C 340.
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, bull. des CE, n°10-1992.
- Bulletin des CE, n°10-1993.

- Bulletin des CE, n°10-1992.

Rapports

- BRETON Albert, « Commentaires », *Rapport. Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada* (Commission Macdonald), Rapport, Approvisionnement et services Canada, 1985, vol.3, pp. 554-600.
- COMMISSION SUR LE DESEQUILIBRE FISCAL, *Pour un nouveau partage des moyens financiers au Canada*, Québec, 2002, dit rapport Séguin de 2002, 214 p.
- Rapport Tremblay, « Le pouvoir illimité de taxer », Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels, Québec, 1956.
- Rapport de la Commission sur l'Union européenne, Bull. des CE, supplément 5/75.
- Rapport de la Commission institutionnelle « sur le principe de subsidiarité », A3-0267/90
- Rapport de M.L. Tindemans au conseil européen sur « l'Union européenne », *Bulletin des Communautés Européennes*, supplément 1/76, 37 p.

Dictionnaires

- ARNAUD André-Jean, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993, 800 p.
- CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 2009, 986 p.
- GAFFIOT Félix, *Dictionnaire illustré latin-français*, Paris, Hachette, 1934, 1719 p.
- *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*, 1984, 11038 p.
- *Jowitt's Dictionary of English Law*, Second Edition, vol. 1 and 2, London, Sweet & Maxwell, 1977, 1935 p.
- LALANDE André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2006, 1323 p.
- *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, Le Robert, Paris, 2008, 5494 p.
- *Oxford Dictionary of Law*, 6th edition, Oxford, Oxford University Press, 2006, 612 p.
- *Le Grand Littré*, 2009.

INDEX ALPHABÉTIQUE

- A -

Althusius : 10, 40 à 48, 50 à 58, 63, 72, 97, 171, 244 et s., 257, 293, 308 et s., 354.

Asymétrie : 143 à 151, 430, 433, 490.

Autonomie : 3, 5, 11, 19, 31, 40, 46, 47, 61, 65, 99, 100, 103, 152, 178 et s., 181, 191, 216 et s., 243, 245, 252 et s., 287, 316, 332, 419 à 422, 443, 472, 510, 514, 544 et s.

- Brésil : 78 et s., 92 et s., 95, 118, 137, 158, 186, 211, 219, 422 à 427, 434, 533.
- Canada : 77, 82, 89, 115 et s., 146, 189, 212, 227, 428, 500.
- États-Unis : 77, 125 et s., 183, 202, 206, 215, 266 et s., 429, 518.
- Union européenne : 553, 554, 560.

- B -

Bodin : 9, 41, 355 à 358, 361 à 363, 367 et s., 373, 377, 405 et s., 410, 412 et s., 557.

- C -

Centralisation : 17, 18, 63, 94, 194, 230, 469, 475, 478, 481, 484, 485, 488, 489, 506, 507, 526, 528, 533, 540.

- Brésil : 118 à 120, 140, 156, 158, 181, 195, 494 à 499, 521 à 526.
- Canada : 78, 84, 115, 126, 491, 493, 512 à 519.
- États-Unis : 107, 109, 160 à 163, 486 à 491, 508, 511.
- Union européenne : 550.

Comparaison (démarche comparative) : 5, 21 à 28.

Concept : 3, 4, 18, 19.

Contrat : 43 et s., 45, 56 et s., 300 à 306 (définition), 307 à 314, 316, 321, 323 à 336, 352 et s., 415.

- Brésil : 347 à 350.
- Canada : 112, 342 à 347.
- États-Unis : 338 à 342.
- Union européenne : 550 et s.

Coopération : 41 et s., 44, 48, 56, 100, 151 à 167, 232, 419, 441, 442 à 448, 466, 469, 473, 548.

- Brésil : 141, 157 à 161, 350, 459 à 465.
- Canada : 149, 155 à 157, 346, 456, 469 et s.
- États-Unis : 161 à 167, 456 à 459, 470 et s., 495.
- Union européenne : 551, 560, 563 à 566.

- D -

Décentralisation : 17, 61, 73, 261, 475, 485 à 490, 535 et s., 545, 548.

- Brésil : 85, 118 à 121, 191, 218, 349, 426, 502, 504 et s., 529 à 534.
- Canada : 88, 115 et s., 226, 428, 520 à 527.
- États-Unis : 489.

Dialectique : 17, 23, 252, 417, 479 et s., 481 à 485 (définition), 487, 508, 538, 541.

Dialogique : 17, 295 et s., 417, 484 à 486 (définition), 509, 538, 541 à 543, 546 à 550, 560, 565.

- F -

Fédéralisme (définition) : 2 à 7, 10 à 12, 545 à 550.

- étymologie : 42 et s.
- moderne : 58 à 95.
- originel : 40 à 58.
- fédération : 13, 14.

- M -

Modèle : 19, 20, 29, 33, 293, 545, 549.

- N -

Notion (définition) : 19.

- O -

Outil fédératif : 20, 545 à 548, 550.

- P -

Pacte (fédératif, constitutionnel) : 11, 31, 45, 48, 56, 74, 79, 295, 300, 305 et s., 308 à 310, 313 à 321, 323 à 329, 331, 352 et s., 415, 546, 548, 550.

- Brésil : 347 à 350.
- Canada : 342 à 347.
- États-Unis : 336 à 342.
- Union européenne : 551 à 554.

Participation : 5, 31, 43, 48, 73, 154, 267, 330, 335, 419 à 421, 436, 440, 444, 448, 473 et s., 510, 541, 543, 546 à 548.

- Brésil : 78 et s., 438 et s.
- Canada : 83, 89, 92, 116, 439 et s.
- États-Unis : 437.
- Union européenne : 563.

- S -

Séparation : 3, 5, 11, 179, 419, 420 et s., 430, 441, 443, 541, 546 à 548.

- Brésil : 434 à 436.
- Canada et États-Unis : 431 à 433.
- Union européenne : 561 et s.

Souveraineté : 9, 72, 311 et s., 324 et s., 328, 337, 339, 355 à 360, 378 à 381, 381 à 387, 396 à 413, 415, 500, 546, 548, 550, 553 et s.

- conception bodinienne : 361 à 367.
- conception européano-continentale : 368 à 377, 387.
- conception nord-américaine : 387 à 395.
- Union européenne : 554 à 560.

Subsidiarité : 173, 238 et s., 271 et s., 288 et s., 291, 293 et s., 491, 548.

- Origines : 46 et s., 239 à 249.
- Définition : 249 à 256.
- Brésil : 261 à 266.
- Canada : 257 à 261.
- États-Unis : 16, 266 à 271.
- Union européenne : 272 à 287, 553, 555.

Système : 14 et s., 26, 30, 60, 545 et s., 548.

TABLE DES MATIERES

ÉTAT DES LIEUX SUR LA COMPREHENSION DU FÉDÉRIONHMEC.....55
 DENIM505IONDU5HOMP'D'E' UDE'E' 'PREHEN' O' ION'DU'HUJE'77
 DEFINITION DE L'ERMEHMPNOYEH DONH7E7E7UDE21
 PREHEN12112N DEN2 DEM2V1HE12MP2V21IVE21
 - Approche du droit comparé231
 L'influence des lois étrangères sur la constitution des lois51
 L'élaboration des méthodes de recherche61
 Les difficultés de la recherche81
 Les difficultés de la recherche81
 2 PP2V1H2 N2 V2N1EMEN1 DEH12 NN2IH2N1EH, BV2BNEM2, IQUE,E, ,BN2N292
 PREMIERE PARTIE.....332
 LE REJEN D'UN MODELE FEDER' NIF F' R F" BSENCE DE C' DCE COMMUNF2
 TH REPREMIERB73
 L'ORGANISATION
 DGF:: :: :: :: S:
 CHAPITRE PREMIER.....39:
 LE LARALTÈRE DYNAMIQUE DU FÉDÉRALISME : ÉVO: UTON ET VAROABOTÉ DES
 BONDATIONS DE MOSE EN ŒUVREB9:
 ection:1
 original:.....404
 §1 §2 §3 §4 §5 §6 §7 §8 §9 §10 §11 §12 §13 §14 §15 §16 §17 §18 §19 §20 §21 §22 §23 §24 §25 §26 §27 §28 §29 §30 §31 §32 §33 §34 §35 §36 §37 §38 §39 §40 §41 §42 §43 §44 §45 §46 §47 §48 §49 §50 §51 §52 §53 §54 §55 §56 §57 §58 §59 §60 §61 §62 §63 §64 §65 §66 §67 §68 §69 §70 §71 §72 §73 §74 §75 §76 §77 §78 §79 §80 §81 §82 §83 §84 §85 §86 §87 §88 §89 §90 §91 §92 §93 §94 §95 §96 §97 §98 §99 §100 §101 §102 §103 §104 §105 §106 §107 §108 §109 §110 §111 §112 §113 §114 §115 §116 §117 §118 §119 §120 §121 §122 §123 §124 §125 §126 §127 §128 §129 §130 §131 §132 §133 §134 §135 §136 §137 §138 §139 §140 §141 §142 §143 §144 §145 §146 §147 §148 §149 §150 §151 §152 §153 §154 §155 §156 §157 §158 §159 §160 §161 §162 §163 §164 §165 §166 §167 §168 §169 §170 §171 §172 §173 §174 §175 §176 §177 §178 §179 §180 §181 §182 §183 §184 §185 §186 §187 §188 §189 §190 §191 §192 §193 §194 §195 §196 §197 §198 §199 §200 §201 §202 §203 §204 §205 §206 §207 §208 §209 §210 §211 §212 §213 §214 §215 §216 §217 §218 §219 §220 §221 §222 §223 §224 §225 §226 §227 §228 §229 §230 §231 §232 §233 §234 §235 §236 §237 §238 §239 §240 §241 §242 §243 §244 §245 §246 §247 §248 §249 §250 §251 §252 §253 §254 §255 §256 §257 §258 §259 §260 §261 §262 §263 §264 §265 §266 §267 §268 §269 §270 §271 §272 §273 §274 §275 §276 §277 §278 §279 §280 §281 §282 §283 §284 §285 §286 §287 §288 §289 §290 §291 §292 §293 §294 §295 §296 §297 §298 §299 §300 §301 §302 §303 §304 §305 §306 §307 §308 §309 §310 §311 §312 §313 §314 §315 §316 §317 §318 §319 §320 §321 §322 §323 §324 §325 §326 §327 §328 §329 §330 §331 §332 §333 §334 §335 §336 §337 §338 §339 §340 §341 §342 §343 §344 §345 §346 §347 §348 §349 §350 §351 §352 §353 §354 §355 §356 §357 §358 §359 §360 §361 §362 §363 §364 §365 §366 §367 §368 §369 §370 §371 §372 §373 §374 §375 §376 §377 §378 §379 §380 §381 §382 §383 §384 §385 §386 §387 §388 §389 §390 §391 §392 §393 §394 §395 §396 §397 §398 §399 §400 §401 §402 §403 §404 §405 §406 §407 §408 §409 §410 §411 §412 §413 §414 §415 §416 §417 §418 §419 §420 §421 §422 §423 §424 §425 §426 §427 §428 §429 §430 §431 §432 §433 §434 §435 §436 §437 §438 §439 §440 §441 §442 §443 §444 §445 §446 §447 §448 §449 §450 §451 §452 §453 §454 §455 §456 §457 §458 §459 §460 §461 §462 §463 §464 §465 §466 §467 §468 §469 §470 §471 §472 §473 §474 §475 §476 §477 §478 §479 §480 §481 §482 §483 §484 §485 §486 §487 §488 §489 §490 §491 §492 §493 §494 §495 §496 §497 §498 §499 §500 §501 §502 §503 §504 §505 §506 §507 §508 §509 §510 §511 §512 §513 §514 §515 §516 §517 §518 §519 §520 §521 §522 §523 §524 §525 §526 §527 §528 §529 §530 §531 §532 §533 §534 §535 §536 §537 §538 §539 §540 §541 §542 §543 §544 §545 §546 §547 §548 §549 §550 §551 §552 §553 §554 §555 §556 §557 §558 §559 §560 §561 §562 §563 §564 §565 §566 §567 §568 §569 §570 §571 §572 §573 §574 §575 §576 §577 §578 §579 §580 §581 §582 §583 §584 §585 §586 §587 §588 §589 §590 §591 §592 §593 §594 §595 §596 §597 §598 §599 §600 §601 §602 §603 §604 §605 §606 §607 §608 §609 §610 §611 §612 §613 §614 §615 §616 §617 §618 §619 §620 §621 §622 §623 §624 §625 §626 §627 §628 §629 §630 §631 §632 §633 §634 §635 §636 §637 §638 §639 §640 §641 §642 §643 §644 §645 §646 §647 §648 §649 §650 §651 §652 §653 §654 §655 §656 §657 §658 §659 §660 §661 §662 §663 §664 §665 §666 §667 §668 §669 §670 §671 §672 §673 §674 §675 §676 §677 §678 §679 §680 §681 §682 §683 §684 §685 §686 §687 §688 §689 §690 §691 §692 §693 §694 §695 §696 §697 §698 §699 §700 §701 §702 §703 §704 §705 §706 §707 §708 §709 §710 §711 §712 §713 §714 §715 §716 §717 §718 §719 §720 §721 §722 §723 §724 §725 §726 §727 §728 §729 §730 §731 §732 §733 §734 §735 §736 §737 §738 §739 §740 §741 §742 §743 §744 §745 §746 §747 §748 §749 §750 §751 §752 §753 §754 §755 §756 §757 §758 §759 §760 §761 §762 §763 §764 §765 §766 §767 §768 §769 §770 §771 §772 §773 §774 §775 §776 §777 §778 §779 §780 §781 §782 §783 §784 §785 §786 §787 §788 §789 §790 §791 §792 §793 §794 §795 §796 §797 §798 §799 §800 §801 §802 §803 §804 §805 §806 §807 §808 §809 §810 §811 §812 §813 §814 §815 §816 §817 §818 §819 §820 §821 §822 §823 §824 §825 §826 §827 §828 §829 §830 §831 §832 §833 §834 §835 §836 §837 §838 §839 §840 §841 §842 §843 §844 §845 §846 §847 §848 §849 §850 §851 §852 §853 §854 §855 §856 §857 §858 §859 §860 §861 §862 §863 §864 §865 §866 §867 §868 §869 §870 §871 §872 §873 §874 §875 §876 §877 §878 §879 §880 §881 §882 §883 §884 §885 §886 §887 §888 §889 §890 §891 §892 §893 §894 §895 §896 §897 §898 §899 §900 §901 §902 §903 §904 §905 §906 §907 §908 §909 §910 §911 §912 §913 §914 §915 §916 §917 §918 §919 §920 §921 §922 §923 §924 §925 §926 §927 §928 §929 §930 §931 §932 §933 §934 §935 §936 §937 §938 §939 §940 §941 §942 §943 §944 §945 §94

» 8é n8évÉluéén d8la maigrés 88»
 18» a»rÉÉssanc8évÉlué d8s pÉuvÉârs d8l8nggés» édéral8égasun8inn8» 88»
 » 8» 8accrÉÉssm8ngd8s r8ssÉurc8s du» gÉuv8rn8m8ng» édéral8au» rés8 malgré la g8ndanc8
 déc8ngal8ag8 d8d8la CÉnséguéén d8l888» 18»
 » 8» a dÉuî l8âmpÉrganc8 du» pÉuvÉâ» 8ânc88 du» gÉuv8rn8m8ng» édéral8canad8inn8»
 r8cÉnna8sanc8cÉnséguéén8ll88g8un» dév8lÉpp8m8ngcÉnsang» 1»
 » » » a»qu8s8één d8la maigrés8 du» pÉuvÉâ» d8dép8ns8r» un» pÉuvÉâ» 8ânc8 d8s Ég8 d8v8rs8m8ngm8s
 8n» plac8» 1»
 ' 8» a» 8â d8la r8cÉnna8sanc8 du» parg88âmmuâ l8d8s pÉuvÉârs8ng88l8s Ég8m8mî r8s8gla»
 , édérâgÉén d8s 8â déragÉén8mÉd8rn8s» 1»
 18» a» réparéguéén d8s r8ssÉurc8s d8s 8rÉÉs 8â déragÉén8amérâcâ8s» 18»
 a8» a» réparéguéén d8s r8c8g8s cÉmmun8s8ng88la» édérâgÉén8g8l8s cÉll8c8v8g8s lÉcal8s» 18»
 î 8» a» réparéguéén d8s r8c8g8s8ng88la» édérâgÉén8g8l8s8ng8g8s» édéré8s» 18»
 c8» a» réparéguéén d8s r8c8g8s8ng88l8s8ng8g8s» édéré8s» 8»
 » 8» 8s cÉmpég8nc8s8lag8v8s d8s gÉuv8rn8m8ng» édérés» 1»
 a8» 8s d8p8ns8s cÉnjÉâg8s, l8s8suî v8ng8énc8cÉnd8g8nn8ll8s8g8âncÉnd8g8nn8ll8s d8la parg8
 du» édéral» 1»
 î 8» 8l8sgrâgÉén du» pÉuvÉâ» rÉdué d8s Ég8m8mî r8s8n» mag88r8 d8dép8ns8s» l8cas du»
 Canada» » »
 1/» /s»lârg/s»pÉuvÉârs du» gÉuv8rn8m8ng» édéral8n» mag88r8 d8dép8ns8s» » »
 » /» /s»r/sgrâgÉén8 du» pÉuvÉâ» d8dép8ns8r» pÉur8l/s»prÉvânc/s» » /»
 » /» /s»aménâg8m8ng8 du» pÉuvÉâ» d8dép8ns8r» l/s»rÉÉrgan8sâgÉén8mulg8pl/s»d/s»cÉmpég8nc/s»
 d/s»cÉll8c8v8g8s» /»
 1/D/s»sysgè8m/s»d8péréquâgÉén d8é, ér8mm8ngm8s» n»plac8» /»
 » /D/s»g8chnâqu/s»d8cÉÉpérâgÉén8g8d8cÉÉrdâgÉén8varâî l/s» » »
 a/» a»cÉÉpérâgÉén8ânc8èr8d8s l/s»sysgè8m/s» édérâg8s» » »
 î /» /hârmÉn8sâgÉén8g8la» cÉÉrdâgÉén8d8pÉl8g8qu/s» ânc8èr8s, élém8ng8carâc8g88g8qu/s»
 d8la lÉg8qu8» édérâg8v8l/s»x8mpl8s du» Canada8g8d8s Ég88é n8s» » »

1mN11USmN 226»

265Vmq t e Se2mND 226»

25 SU2Sn8t mq É e q 2e FÉDÉt 52r8Me 2t e 2mNN5r8S5N2e e q 265MVS

D'INTERVENTI 22' »

//cgÉén81» /s»d8é, 8ânc8énc8hégérÉcl8g8s d8la nÉgÉén8d8suî sâdâ8râg8» /»
 » 1» » É8râg8n8d8la8suî sâdâ8râg8» /»
 ' /» a»8ânc8éncâgÉén8»25 ssq' e» d8la8suî sâdâ8râg8» É8râg8n8s»émâng8qu8, ég8ymÉlÉg8qu8/g8
 phâÉ8Éphâqu8» 1»
 » /» /évÉluéén8h8s8g8râqu8d8la nÉgÉén8d8suî sâdâ8râg8» » »
 1/» a»suî sâdâ8râg8d8s s»pr8m8èr8s8ghéÉ8sâgÉén8s»ch/z8 lgh8sâs» » »
 » /» /É8râg8n8d8la8cÉnc8pgÉén8mÉd8rn8d8la8suî sâdâ8râg8» /»
 » » » D8é, 8ânc8énc8cÉng8mpÉ8râ8n8s d8la8suî sâdâ8râg8» /»
 ' /» a»d8é, 8ânc8énc8cÉmpl8x8d8la8suî sâdâ8râg8» /»
 » /» /ég8râg8r8lagÉén8ng8/suî sâdâ8râg8/gâugÉén8mÉd8» » »
 C/» /s»mulg8pl8s»qualé8câgÉén8s/gu8l8sâgÉén8s d8la8suî sâdâ8râg8» » »
 //cgÉén8» /s»cÉnc8pgÉén8s8g8d8s m8s8s/n»œuvr8d8v8rs8é88d8la8suî sâdâ8râg8» /»

»1»a«Énc/pgÉn«anadê/nn/d/la«suî sâdârég»/gl/lê/n«v/c«la«nÉgÉnd//,,âcâcé» / »
 »»a«Énc/pgÉn«résâdê/nn/d/la«suî sâdârég»un/r/cÉnnaâssanc/«gâmd/»/gâmplâcêg/ » / »
 »»a«Énc/pgÉn«gasunê/nn/d/la«suî sâdârég»/gsa«r/lagÉn«pârgculâer/«v/c«la«nÉgÉn»
 d/âugÉnÉmê/ » / »
 »»a«Énc/pgÉnd/la«suî sâdârég»/n«gurép/»/g/n«drÉgÉd/l«ê nÉén» / »
 ' / » / »n«gré/«du«prâncêp/d/la«suî sâdârég»dans/l/s«graâgés» / »
 » / »a«sâgnêâcâgÉn«ânpécês/d/la«suî sâdârég»/n«drÉgÉd/l«ê nÉén» / »
 C / » / »âpplêcâgÉn«lââgê/d/la«suî sâdârég»/n«drÉgÉd/l«ê nÉén» / »
 D / » / »âpprÉxâmagÉn«ÉlÉngaâ/«du«prâncêp/d/la«suî sâdârég»/n«drÉgÉd/l«ê nÉén» / »
 g / » / »a«g/âng/»édérâgê/«du«prâncêp/d/la«suî sâdârég» / »

2mN22USmN 225' »

C » » C » ê / » » » Dê » » » c g » / g C » » D » / 1 »

CONCFUSION DE F' FCEMIECE F' CNIE F292»

SE9ONDE 2' 9NIE 2295»

2' 959ONN' ISS' N95 D'UN5 D52ININION DU 25D59' 2ISM5 2' 9 2'5XISN5N95

D'OUTILS FEDERATIFS 2295»

» » » c g » É c g 1 » g c » / »

» G » g 1 g » D g » Y É g » g D g c Y » » » 2' m U q r â 2 m N q t 5 2 q U e 2 » / »

2' 5 s m t e s t e M r t 22' »

2e FmNDeMeNq 2mNqt 52qUe2 D5NS 25 Fmt M5qmN De 25 FÉDÉt 5qmN 22e s 52qe

FÉDÉt 5qmN 22' »

//cgÉn«1»/«Én«grag/«gsa«manê/sgagÉn«dans«la»ÉrmagÉnd/la«sÉcâgÉ» / »

»1«Dé,ââgÉns»rançaês/»/gâglÉ«saxÉnn/«du«Én«grag» / »

Y / » / »a«Énc/pgÉn«rançaês/«du«Én«grag/«gd/la«Énv/ngÉn» / 1 »

» / » / »a«Énc/pgÉn«âglÉ«saxÉnn/«du«Én«grag» / »

» » » / » / »s«Énc/pgÉns«Én«gracu/l/«s«d/la«sÉcâgÉ«d/«yp/»édérâgê » / »

Y / » / »a«nÉgÉnd/«Én«gragdans«la»ÉrmagÉnd/la«sÉcâgÉ»/gsÉn«évÉlugÉn«dans«un/«p/rsp/cgÉv/»

,édérâgê/ » / »

1/» / » / »âdê/«Érêgâ/l/«d/«l«ânc/«r/lêgê/«us/«Érganâsâglâ«sÉcâgÉ«ch/z» ullâng/r » / »

» / » / »Éâc/»/«glâ«dÉuî l/«l«ânc/«ch/z»Dupl/ssês»1 Érnay » / »

» / » / »s«âccÉrds/»gcÉnv/ngÉns»Érmâglâ«sÉcâgÉ«ch/z»lghusâus » / »

» / » / »s«nÉgÉns«d/«Én«grag/«gd/«Énv/ngÉn«ch/z»HÉî î / »s/»g» Éck/ » 1 / »

» / » / »s«prémês/s«d/la«lÉgâqu/«Én«gracu/l/«dans«la»ÉrmagÉnd/la«sÉcâgÉ» 1 »

» / » / »«carâcgr/«Én«gracu/l«d/la»ÉrmagÉnd/la«âdérâgÉn » 1 »

1/» / » / »xêg/nc/d/«plusê/urs/»ngâgés/»gd/un/«ÉlÉngé«Émmun/ » 1 »

» / » / »sâ ug«d/la«âdérâgÉn » 1 / »

a/«ê nâ ug»Éndam/ngal»la«ÉlÉngé«d/«s«âssÉcê/r » 1 / »

î / » / »â ug»ânalâs/g/d/«prÉsépérêg/»gd/«sécûrêg » 1 / »

//cgÉn«» / » / »Éâc/»édérâgê,«un«Én«gragcréânglâ«âdérâgÉn » 1 »

»1«a«nâgûr/»/«gl/«carâcgr/«Én«gracu/l«du«Éâc/»édérâgê » 1 »

Y / » / »Éâc/»édérâgê »un«érêgâ l/«Én«grag » » »

621

623

ANALYSE DES OUTILS FÉDÉRATIFS AUX ETATS-UNIS, AU CANADA ET AU BRÉSIL - CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DU FÉDÉRALISME

Rémi Barrué-Belou

Résumé : À l'heure de l'ouverture internationale et de la globalisation, le fédéralisme fait l'objet d'un intérêt particulier en proposant une solution à la protection de la diversité dans une certaine unité. Malgré les nombreuses références qui en sont faites, la doctrine francophone ne permet pas de constater de définition unanime. À côté de cela, la doctrine anglo-saxonne ne propose pas non plus de définition identique. Ce travail vise donc à s'appuyer, compléter et approfondir les définitions déjà posées pour tenter de proposer une grille de lecture du fédéralisme en s'interrogeant sur l'existence d'un *modèle fédératif* qui permettrait d'offrir une définition du fédéralisme. À travers l'étude de caractères structurants du fédéralisme comme l'organisation des compétences législatives, exécutives ou financières, le Pacte fédératif, la souveraineté, la subsidiarité et la recherche d'équilibre dans trois Fédérations que sont le Canada, les États-Unis et le Brésil, cette thèse réfute l'existence d'un *modèle fédératif* tout en considérant l'existence d'*outils fédératifs*, invariants composant ces trois Fédérations étudiées.

Abstract : In this time of international openness and globalisation, federalism is a very interesting solution in order to protect diversity in unity. Despite a lot of references made to this concept, the french speaking doctrine does not provide an identical definition and neither does the english one. This thesis aims to base, complete and increase the existing definitions and to attempt a proposal of an analysis grid of federalism, questioning on the reality of a *federative model* which could allow a proposal of a definition of federalism. Through the study of the hallmarks of federalism as distribution of legislative, executive and financial powers, the federative Pact (agreement), sovereignty, subsidiarity and the balance of powers in the Canadian, American and Brazilian federations, this thesis denies the reality of a *federative model* but considers the reality of *federative tools*, invariants components of these three federations.

Mots clés : DROIT CONSTITUTIONNEL - FÉDÉRALISME - ORGANISATION DES POUVOIRS - SOUVERAINETÉ - SUBSIDIARITÉ - PACTE FÉDÉRATIF - DIALOGIQUE